

PAINEL IV - ABUSO DE PATENTE E CONCORRÊNCIA / PATENT ABUSE AND COMPETITION - ATOS DE CONCENTRAÇÃO / MERGERS***FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES***

Boa tarde, vamos começar os trabalhos do 4º painel, depois dos intensos trabalhos matinais e da intensa batalha gastronômica com a feijoada e nos empreender aqui no desafio de estudarmos os temas reservados para o nosso 4º e último painel. Eu gostaria de compor a mesa chamando, inicialmente, o Dr. Pietro Ariboni, advogado e diretor do IBRAC, importante companheiro na coordenação dos cursos que o IBRAC promove em São Paulo, relativo à defesa da concorrência. Também Professor Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca, eminente Professor Titular da Universidade Federal de Minas Gerais e ex-Conselheiro do CADE. Eu chamo, ainda, o Professor Dr. Artur Barrinuevo, Professor Chefe de Departamento da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, ex-Conselheiro do CADE e economista. Por fim, o Professor Dr. Gesner de Oliveira, também Professor da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo e ex-Presidente do CADE, que dispensa maiores apresentações no exercício dessa função que o ocupou durante quatro Com o nosso quorum mais do que qualificado, dou início ao 4º painel referente ao tema de abuso de patente e concorrência. Antes, como um breve registro, faço constar os elogios cabíveis a todos os servidores públicos dos diversos setores que compõe o Sistema de Defesa da Concorrência no Brasil, especialmente aos que colaboraram para o aprimoramento do projeto dos textos normativos aqui distribuídos, bem como às autoridades públicas que se envolveram nesses estudos para que se pudesse aprimorar o texto que aqui tivemos acesso.

Dirijo o elogio, também, a todos os professores, advogados e economistas, estudantes da área privada aqui presentes, que também com suas participações têm contribuído para o aprimoramento das instituições que tutelam tão importante matéria, quer no que se refere a sua forma institucional, quer no que se refere ao conteúdo.

Em especial, no que se refere aos atos de concentração, o novo texto exprime avanços no sentido de se assegurar a manutenção e o aumento dos investimentos no Brasil, caminhando no difícil equilíbrio entre a segurança jurídica e a observância do tempo econômico, que cada vez se acelera mais em uma economia em constante dinamismo, que usa intensivamente o sistema de internet para a comunicação e realização de comércio e serviços. Além da compatibilização das normas brasileiras relativas à apreciação da análise dos

atos de concentração econômica, com os respectivos procedimentos e processos que ocorrem na união européia nos países europeus e nos Estados Unidos, notadamente. Fato esse, especialmente relevante para as operações transnacionais que repercutem aqui no Brasil. A obtenção da maximização da eficiência do sistema de apresentação e análise prévia dos atos de concentração que o projeto indica, certamente é função direta do rápido e eficaz aprimoramento e capacitação das instituições públicas, seja nos seus aspectos relativos a recursos humanos, seja nos seus aspectos relativos a recursos materiais, sob pena de agravarmos os processos de análise dos atos de concentração. Dado que, as solicitações de complementação de informações numa primeira análise, suspendem os prazos de 30 dias, podendo, salvo melhor juízo, vir a ser constituída uma longa série de 30 dias. De onde decorre um importante aspecto, univitelínico, vamos dizer assim, dos dois projetos de textos normativos aqui apresentados, que não podem e não devem ser separados da sua análise, do seu cuidado, da sua atenção e da sua sincronização.

Com esse breves comentários, eu inicio o painel, primeiramente, pela abordagem do tema do uso de patentes e concorrentes. Solicitando aos meus prezados companheiros de mesa, que em atenção aos desdobrados esforços das nossas amigas tradutoras e já no nosso último painel, depois de farta feijoada, que procurem se dirigir de forma mediana na linguagem e na velocidade da linguagem para que a tradução possa se fazer como tem sido feita de forma brilhante e intensa nos nossos seminários. Portanto, passo a palavra ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, detentor de um voto que todos conhecemos, que foi o preferido no CADE, relativamente ao tema, para que teça os seus comentários sobre o tema do abuso de patentes e concorrência.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Excelentíssimo Senhor Professor Fernando Marques, meus caros companheiros de mesa. Antes de mais nada, devo fazer um agradecimento ao convite que me foi feito ontem pelo Dr. Ubiratan para participar desse painel, ou seja, eu não estava escalado para falar. Passado o susto, depois de receber e coletar material para poder lhes apresentar hoje e também depois de um bom sono que me restaurou as forças, aqui estou. De qualquer forma, trabalhando numa entidade qualquer que seja ela, no caso me refiro ao IBRAC, temos que arregañar as mangas em sinal de solidariedade e dar tudo que temos de melhor para que não haja a menor omissão. Acho que alguma coisa de interessante eu possa trazer.

Vou tratar do tema de concorrência e patentes. Apesar de todos nós sabermos, é necessário que haja uma reflexão a respeito do tema, para entendermos que patente tem tudo a ver com concorrência. Aliás, é uma das maiores barreiras a entrada e, por outro lado, é também um dos maiores fatores de eficiência empresarial. Eu quero partir de algumas considerações. Primeiro, considerando do regulamento 240/96 da Comissão Européia, com vigência até 31 de março de 2006, que se refere diretamente às condutas adotadas por empresas detentoras de patentes e, mais especificamente, aos contratos por elas formulados, enfatizando as restrições que podem atingir o mercado em decorrência ao abuso de posição dominante.

É sabido que patente, *know how*, segredo industrial conferem à empresa detentora a oportunidade de conquista de mercado resultante de maior eficiência, o que lhe confere posição dominante. Tal conquista, nos termos da lei 8884, somente poderá ser objeto de inclusão ou de se enquadrar numa daquelas descrições dos artigos 20 e 21 da lei, se as condutas por elas adotadas constituírem abuso daquela posição dominante. Ou seja, não é nenhuma lesão à concorrência ser um detentor de posição dominante ou patente. O que pode ocasionar a atuação da lei é o abuso. A conceituação de abuso, eu falava disso num seminário em agosto promovido pelo CADE no Rio de Janeiro, é uma noção importante a ser assinalada. Porque *ab*, o prefixo *ab* do latim, significa afastamento, *uso*, significa logicamente uso. Então é o afastamento do uso normal. Assim como por exemplo, aborto. *Ab ortos*, afastar do nascimento. O aborto, nada mais é que esse afastamento do nascimento. Então, é preciso entender o abuso nesse sentido, como o de “afastamento do uso”, afastamento daquilo que é uma linha normal de conduta.

Neste ponto, cabe lembrar a decisão do Tribunal de Justiça da União Européia, no caso Windsor International Corporation, contra a comissão das comunidades européias. Naquela decisão o Tribunal afirma que, *não é competência da comissão definir o alcance de uma patente. Não poderá contudo essa instituição abster-se de qualquer iniciativa, quando o alcance à utilização da patente é pertinente para a apreciação de uma violação dos artigos, hoje 81 e 82 (na redação está 85 e 86). Mesmo no caso em que o alcance efetivo de uma patente constitua objeto de um litígio, perante jurisdições nacionais, a comissão deve poder exercer suas competências em conformidade com as disposições do regulamento 17/62.* Naquele caso específico, o tribunal de justiça afirma que não constitui objeto específico da patente e são incompatíveis com o artigo 81 parágrafo 1º do tratado, na medida em que os restringe à concorrência nas seguintes cláusulas: *controle de qualidade reservado ao concedente da licença, a obrigação imposta arbitrariamente, um modo de cálculo de licença que leve ao licenciado não vender separadamente um produto não coberto, a obrigação para o licenciado de apor menções relativas à*

patente sobre um produto não coberto por ela. uma cláusula de não contestação das marcas e patentes do concedente da licença, etc.

Num outro caso, também muito interessante, o caso (**Num Gesser Kurt Eisely**) contra a Comissão, o Tribunal de Justiça deixa claro que *os acordos baseados em licenciamento de patentes não podem ter por efeito uma proteção territorial absoluta, nem podem estabelecer uma proibição de importações paralelas*. Nesse caso, uma entidade pública francesa desenvolveu um determinado tipo de sementes de milho e exportava para a Alemanha. Essa empresa, constituída na Alemanha, de propriedade desse Kurt Eisely, tinha a obrigação de vender somente a semente francesa e de impedir as importações paralelas. *No caso, menciona-se uma distinção importante para a titularidade e seu exercício, diz a decisão: um direito de propriedade industrial ou comercial enquanto estatuto legal, escapa aos elementos contratuais ou de concentração, focalizados pelo artigo 81 parágrafo 1º do tratado*. Sobre seu exercício pode cair sobre as proibições desse tratado, caso se verifique ser ele objeto, meio ou a consequência de um acordo. Este é, notadamente, o caso da combinação do direito exclusivo de utilizar um direito de propriedade industrial e comercial no território de um acordo, reconhece ao licenciado a qualidade de distribuidor exclusivo, neste mesmo território, assegurando ao licenciado uma proteção territorial absoluta, impedindo as importações paralelas, mas isso é a jurisprudência estrangeira.

O CADE, ao responder consultas 031/99, cujo relator foi o Conselheiro Mércio Felskie, deixou bem claro que, havendo uma das hipóteses descritas no artigo 21, conjugado com o artigo 20 da lei 8884, ou seja, *obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme, dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi acabados, impedir o acesso de concorrente, recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa, cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa*, seguramente a patente estará sendo utilizada com o objetivo de restringir a concorrência.

Com base neste raciocínio o ilustre Conselheiro, chegou à conclusão de que a penalidade prevista no artigo 24, III, a da lei 8884, consubstancia-se em recomendação ao agente público competente, no caso ao Instituto Nacional da Propriedade Nacional (INPI), para que seja concedida a licença compulsória de patentes de titularidade do infrator. Vejam, então, porque naquele caso da Comissão Européia eu frisei bem a distinção entre a titularidade da patente e o seu exercício. Isso está justamente no artigo 68 da lei 9279, de 1996, que diz: *o titular ficará sujeito a ter a patente licenciada, compulsoriamente, se exercer os direitos dela decorrente de forma abusiva, ou por meio*

dela praticar abuso de poder econômico comprovado nos termos da lei por decisão administrativa ou judicial.

Vejam bem, exerceu a patente de modo abusivo e esse exercício foi comprovado nos termos da lei e quem comprova o exercício abusivo de conduta é o CADE. Poderia ser uma decisão administrativa ou judicial, no caso de serem somente duas empresas, uma relação inter-empresarial. Se for uma relação que envolva o mercado, é uma decisão administrativa do CADE, embora, o órgão regulador de patentes seja o INPI e somente ele pode conceder, caçar ou licenciar e este é um problema importante, porque o INPI, ao conceder a titularidade da patente ou caçar a titularidade quando concede compulsoriamente à outrem, está implícita e claramente caçando a patente de seu detentor dela.

Aqui faço uma observação que me parece sumamente importante. Parece haver um equívoco no projeto de lei porque quando o artigo 24, III da lei 8884, fala *sem prejuízo das penas, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente..* diz que poderão ser impostas penas, há clara recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida a licença compulsória de patentes e titularidade do infrator; (a nova proposta do artigo 24, caput diz: *sem prejuízo poderão ser impostas as seguintes penas, isoladas ou cumulativamente. o licenciamento compulsório de patentes de titularidade do infrator.*

Ora, sabe-se que o CADE não tem competência para licenciar porque ele não é quem concede, licencia, ou caça patentes. Portanto, a meu ver, este ponto do projeto deveria ser mudado. Aproveitando-me da lição de hoje cedo do professor Mário Possas, se aceitarmos a existência de órgãos reguladores, se aceitamos a positividade da externalidade de rede, ou seja aquilo que um órgão decidiu o outro não precisa decidir de novo, como assinalado hoje pelo professor Mário Possas. Assim, creio que o CADE não tem competência para impor a penalidade de licenciamento compulsório de patentes de titularidade do infrator. Creio que seja mais consentâneo com a doutrina e legislação, manter a redação do artigo 24 da lei 8884, neste ponto, compatibilizando a atuação do INPI, como órgão regulador e do CADE como autarquia competente para analisar, julgar e impor penalidades quando apuradas condutas anti-concorrenciais.

A questão se põe da seguinte forma, se um detentor de patente abusou da sua posição dominante, a questão é examinada e decidida pela CADE e se o CADE entender que realmente houve o abuso, condena, impõe multa e como está na consulta respondida pelo conselheiro Mércio Féskie, recomenda ao órgão regulador competente para que ele ou licencie compulsoriamente, ou cace a patente. De qualquer forma, o órgão que pode interferir na titularidade da patente é o INPI. O CADE somente tem competência legal para examinar o

aspecto do comportamento, da conduta, do abuso de posição dominante. Parece-me uma observação pertinente e quero que seja aceita como uma crítica construtiva e não destrutiva, a necessidade de impedir um choque de legislações. O artigo 68 da lei de patentes diz que tal competência é do INPI, o órgão regulador e não O CADE, que é órgão julgador, vejam a importância de detectarmos esses pontos e fazermos essas distinções. Me ateno aos meus 20 minutos, muito obrigado pela oportunidade de estar aqui com os senhores.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Como os senhores notaram, sem prejuízo da convocação de um dia do professor João Bosco, acho que nós vamos fazer disso uma tradição. Assim as ponderações vem com essa capacidade de síntese, pontuação e objetividade. O professor João Bosco é um dos que repercutiu no Brasil a expressão de que o direito não tem sido lógico, tem sido experiência. Essa foi uma das primeiras coisas que eu ouvi dele antes de ser conselheiro. Hoje vocês puderam ver que ele repercutiu também na prática, ponderando algumas coisas. Eu gostaria de convidar, quem já tomou acento, o nosso componente dessa mesa também. Dr. Paulo Corrêa, que muito nos honra aqui no seminário, as ponderações que ele tem feito, quer da mesa, quer da platéia nos temas que tem participado.

Dr. Ubiratan me pediu que avisasse no início da minha fala que nós não vamos fazer o rapel nem o rafting nas cataratas de Foz do Iguaçu hoje, por conta do tempo da apresentação dessa tarde. O esporte poderá ser feito amanhã de manhã a partir das 8:30 horas. Sem mais, eu passo a palavra ao Dr. Pietro Ariboni, que é o nosso diretor do IBRAC e muito se tem dedicado ao tema do abuso de patente e concorrência, com persistência e competência nas nossas reuniões do IBRAC e que, portanto poderá agora compartilhar conosco as considerações que possui sobre a matéria. Com a palavra Dr. Pietro.

PIETRO ARIBONI

Boa tarde, vamos direto ao assunto já que temos tempo limitadíssimo. Se eu tivesse que levar a sério o meu tema eu teria que ocupar as próximas 4 horas, mas vou fazer em exatamente 20 minutos. Pretendo, basicamente, que fique instilado, semeado o conceito a respeito da enorme importância que os assuntos relativos a propriedade industrial exercem hoje no contexto do direito da concorrência. Inclusive, ousou dizer que a nossa constituição não

foi completa ao fazer referência aos pilares da ordem econômica, mencionando, simplesmente, a livre concorrência e a livre iniciativa, já que a livre concorrência não pode existir se não for leal. Portanto o atributo específico é a livre e leal concorrência e o aspecto da lealdade está inteiro por conta de todas as normas que existem, regulando exatamente as relações concorrenciais.

A única diferença que existe entre os dois sistemas que estabelecem normas e formas de atuação e tutela, um dispõe através da legislação específica para reprimir os atos anticoncorrenciais, a lei antitruste e outro é contemplado pela legislação específica da concorrência leal, o código de propriedade industrial., reside na relação do alcance do direito a ser preservado. O primeiro se preocupa especificamente em tutelar o direito coletivo, portanto a livre concorrência como conceito global, como macro conceito jurídico econômico. O segundo, legislação relativa às marcas, patentes e direitos autorais, está voltada para regular e dimensionar as regulações entre os empresários.

Hoje pela manhã ouvimos várias vezes referências ao fato de que o CADE tem rejeitado representações onde existe, unicamente, um problema entre distribuidor e fabricante, o que está certíssimo, porque se existe uma relação simplesmente privada, direta, imediata, concorrencial, anômala, que apresente algum tipo de patologia, necessariamente isso não significa que venha a afetar a livre e leal concorrência como um todo. Por isso, há a necessidade de diferenciar exatamente os dois conceitos e ao mesmo tempo em que há a necessidade de se saber que eles estão integrados, e se essa integração é essencial.

Estamos hoje, pela primeira vez, discutindo esse tema dentro de um seminários o IBRAC, e eu lutei muito para que isso acontecesse. Houve uma série de problemas alheios a nossa vontade, hoje deveria estar aqui o presidente do INPI, mas ele foi chamado às pressas em Genebra, onde ele chefia a delegação brasileira que os vários temas ligados à OMC e às eventuais alterações do TRIPS. Caso contrário, o José Graça Aranha estaria aqui hoje, ele até fez uma certa queixa pelo fato de nunca ter sido chamado para as discussões.

Bem, a redação desse artigo, inciso III, do novo artigo 24, aqui concordo com o meu sacrificado amigo, é um absurdo do ponto de vista de rigor terminológico e de expressão. Primeiro, porque dentre as alterações feitas no artigo 21, se faz menção ao fato de se estar introduzindo o conceito que pode, eventualmente constituir uma violação, uma agressão ao sistema da livre e leal concorrência. O fato de estar praticando algum tipo de abuso na utilização ou no exercício dos direitos de propriedade industrial. Cometeram um grave pecado ao falar de propriedade industrial e/ou marcas. Ora, marcas faz parte da propriedade industrial e no artigo se faz menção há uma possível consequência de um desses abusos. Realmente descabida a expressão direta de

que o CADE poderá ordenar a parte sucumbente o exercício dessa licença compulsória.

Vou tentar em duas linhas dizer-lhes o que significa licença compulsória e vocês verão a impossibilidade jurídica e prática do CADE ordenar tal coisa. então isso tem que ser corrigido necessariamente. Acredito que, caso o INPI, ou qualquer um dos grandes expoentes nessa matéria, tivesse sido chamado para colaborar, esse erro poderia ter sido evitado e hoje a lei poderia estar perfeita. Como avanço é extraordinário prever os abusos da propriedade industrial.

Gostaria de lembrar que posso ter uma indústria com dinheiro, mas se ela não tiver tecnologia ela não terá a menor condição de sobrevivência. Então, a tecnologia é um fator muito mais importante do que o próprio recurso econômico, dentro do fator de desenvolvimento, a tecnologia é essencial. Com tecnologia posso arrumar capitais, com capitais eu nem sempre posso arranjar tecnologia, porque dependo de alguém a ceda e a transfira e a licencie.

Uma das coisas que tenho acompanhado em todas as discussões quando se fala em concentrações é exatamente isso e me parece que esse item merece ser melhor desenvolvido. Pela minha experiência de 40 anos trabalhando com tecnologia, com patentes, com propriedade industrial, com *joint venture*, posso assegurar que se praticam atos violatórios da concorrência em número muito maior, através da malversação da tecnologia e do uso indevido de patentes, que qualquer outra forma de barreira que se queira, como aquelas que aqui foram articuladas. Posso trazer 50 casos, mostrando que através de tecnologia eu elimino a concorrência, de uma maneira que não apareça. Não se exprime nos preços, na oclusão de canais, nada disso, simplesmente sufoca-se o mercado e o concorrente em função do uso da tecnologia.

Hoje, é essencial entender o papel da tecnologia e patente é apenas um dos itens. Patente é tecnologia transformada em título de propriedade, mas eu posso ter tecnologia não patenteada. Esse é uma das falhas porque se deveria dar mais ênfase ao uso dos *trades secrets*, do *know how* não patenteado, terminologia assim definida, que exerce um papel preponderante. Contrato de transferência de tecnologia não se confunde com contrato de licença, normalmente se fala em licenças, mas licença é algo limitado, porque só se pode licenciar direitos adquiridos. Eu só posso fazer um *trade mark licence agreement*, um *patent licence agreement* quando a patente já existe, quando a marca já está registrada, mas eu posso fazer milhões de conformações, de *joint ventures*, através da tecnologia não patenteada e patentear ou não patentear é algo estratégico dentro de uma empresa, não tenho condições de dar informações mínimas sobre a diferenciação de um e de outro, mas é estratégico. Posso não

querer patentear porque através do patenteamento eu estou oferecendo a descrição da minha tecnologia que depois da extinção da patente estará caindo em domínio público, estará à disposição de terceiros. Enquanto eu mantiver a minha informação como segredo, vide fórmula da Coca Cola que tem 120 anos, só eu a estarei utilizando.

Patente é algo fantástico, é a maior invenção que se criou para o desenvolvimento. É um contrato feito entre o Estado e o inventor, fala-se invento porque é sempre uma pessoa física, mas é claro que são sempre as empresas que depois como cessionárias acabam explorando. Trata-se de um contrato perfeito, acabado, claro, transparente, no qual o Estado diz: *eu dou incentivo para que haja desenvolvimento tecnológico*. Tal incentivo é tutelado por lei, inclusive, dentro da carta magna. Portanto, é uma tutela constitucional dada aos inventos através de lei ordinária, o Código de Propriedade Industrial, pelo tempo determinado em 20 anos. Este tempo limitado em 20 anos, depois do TRIPS, é exatamente a grande arma do desenvolvimento porque assegura ao titular da patente um tempo limitado para o seu uso e exploração industrial.

Existe um verdadeiro monopólio legal, o detentor da patente está, legalmente, titulado para exercer a exclusividade durante o período da vigência da patente. Somente ele poderá fabricar, usar, vender, aplicar no país (cada patente vale no país). Logo ele poderá, sozinho e com exclusividade exercer a atividade. Tal monopólio legal pode se transformar em poder econômico, caso haja convergência de três fatores. Se o objeto da patente, invenção, processo de fabricação produto ou equipamento obtido, for ao mesmo tempo aquilo que durante muitos anos havia sido apresentado como sendo uma agressão ao sistema da livre iniciativa. Como pode algo, por lei, ser reconhecido como exclusivo, considerando que ao excluir se afasta a concorrência? Naquele produto, ele não poderia, não pode e não tem concorrência. É uma situação em que o objeto da patente, por exemplo, algo único que não existente no mercado e não tem um substitutivo. Não existe algo ou alguém que possa buscar para suprir um objeto de uso necessário, importante. Porque se eu simplesmente estou realizando algo que a pessoa poderá utilizar apenas querendo ou não, evidentemente, isso não vai influenciar o mercado.

Tratando-se de alguma coisa de uso importante e necessário, como por exemplo um remédio, é preciso que ao lado do poder decorrente do título de propriedade, também se faça a patente de um título de propriedade que pode estar associado à propriedade imobiliária. Ela tem todas as características da propriedade imobiliária. Pode ser vendido, cedido, alugado. Contrato de licença nada mais é do que uma locação de direitos. E os royalties que nós usamos nada mais são do que o valor locativo cobrado através de royalty que é uma importação americana. É simplesmente um contrato de locação, nada mais diferente e se interpreta dessa maneira. No caso da patente é possível que

eu some ao meu poder jurídico também o poder de mercado, por exemplo, pelo existência de um remédio único que só possa ser ele utilizado e consumido para combater um determinado tipo de doença. Apenas gostaria de deixar claro que existe todo um estudo muito grande para que isso seja feito, e os itens conceituais que estou trazendo deve ser filtrados e assimilados para que no futuro possamos discuti-los um a um, caso a caso. Porque isso vai ter uma influência enorme.

Primeiro item: todo sistema de propriedade industrial está submisso, subjacente ao interesse público, isso está na Constituição Federal, está no TRIPS e está em todas as legislações. Portanto a concessão da patente ou a concessão do registro de marcas podem ser instrumentos de desenvolvimento econômico como fator social. Logo, qualquer uso abusivo das marcas ou das patentes, nesse ponto andou bem o novo texto da lei proposta porque está falando em propriedade industrial que abrange tudo, qualquer situação abusiva nesse sentido é utilização dos direitos além dos limites que me são fixados por lei para o seu exercício.

Qualquer situação abusiva pode conduzir, efetivamente, a fortíssimas situações de desequilíbrio dentro do mercado. A submissão ao interesse público está se refletindo hoje em tudo isso, conforme se acompanha pelos jornais. Essa luta que o governo brasileiro fez e fê-lo muito bem, conseguiu realmente demover uma série de posições que eram fixadas a fim de colocar todo o aspecto relativo a proteção de patente como algo intocável. Não é verdade, trata-se de um instrumento em si e não de uma finalidade e como instrumento tem que se submeter a regras. Hoje nós temos já o pronunciamento da ONU reconhecendo que a propriedade industrial tem de ser encaminhada como meio para o desenvolvimento social e humano e recentemente a OMC acabou aceitando um texto. Não era o que se queria, mas em boa parte permitiu que todo sistema de patentes pudesse ser examinado á luz daquilo que possam ser situações de emergência nacional.

Isso está certíssimo, eu considero um grande avanço na luta contra as multinacionais, os grandes grupos econômicos. Sempre foi assim, a patente sempre teria sido concedida para uso local como um instrumento de desenvolvimento nacional. Aquele que tem uma patente tem que produzir no país, tem que ter indústria no país. Entretanto, quando foi feito o TRIPS que é esse tratado anexo à OMC, através do lobby internacional dos grandes grupos, se introduziu a previsão de que se poderia admitir como uso efetivo, inclusive a importação. Aspecto introduzido pela OMC que constitui verdadeira desavanço jurídico e incrível retrocesso porque tolhe e reduz o impacto da submissão de valores sociais. A patente é instrumento de desenvolvimento, assim como a marca deve, obrigatoriamente, ser usada o país do contrário ela caduca e essa

caducidade agride, exatamente, os direitos de propriedade industrial não usados no país. Por isso, não haveria razão para abstrair tipo “patente” dos direitos de propriedade industrial. Entretanto, este retrocesso jurídico foi corrigido em parte ao se admitir que em casos de situações de emergência nacional ou de urgência, o sistema de licenciamento fique suspenso. Apenas para terminar, existem duas formas de licenciamento.

O voluntário, em que o titular da patente oferece, por exemplo como um apartamento livre que se pretende alugar, a patente disponível é oferecida, voluntariamente. É uma relação contratual como outra qualquer, paga-se o aluguel, ou compra-se a patente. Caso em que há uma cessão, um licenciamento voluntário. É um sistema de contrato normal previsto em lei, para que prevaleça tanto o interesse nacional como o de mercado.

O sistema de exame de pedido de patente não é feito para conferir ao inventor um título honorífico para colocar na parede. Trata de um instrumento, como um empréstimo dado pelo BNDS, para utilização na implantação de uma indústria. A patente é uma obrigação que o inventor assume em troca da tutela jurisdicional, da tutela constitucional. Ele assume a obrigação de contribuir para o desenvolvimento do país produzido aquele objeto inventado. Então, dentro dessa ótica, tudo o que aconteceu na área farmacêutica, está perfeitamente dentro desse quadro, é justificado e deveria ser apresentado, não apenas pelo Brasil, mas por todos. O Brasil hoje está de parabéns porque teve a coragem de enfrentar o lobby de todos os grandes grupos multinacionais do mundo que tinham conseguido colocar na OMC a cláusula prevendo possibilidade de substituição do uso local pela importação. Hoje, pelo menos no que diz respeito à saúde e aos alimentos o governo pode a qualquer momento intervir, embora não tenha sido previsto dessa forma.

Há, também, a licença compulsória que diferente da licença voluntária não é a parte que toma iniciativa, ela sofre a ação. O presidente do INPI se substitui ao titular da patente na determinação desta contratação como se o Estado dissesse, você não pode ficar com o apartamento fechado como você ficou durante três anos. No caso da patente fixa-sen três anos para o início da industrialização. Passado esse prazo o Estado diz: o teu apartamento está fechado por três anos, agora você vai alugar na marra. Eu juiz vou iniciar um processo de locação me substituindo na manifestação da sua vontade de titular. Essa é a licença compulsória que para ser processada deve obedecer uma série de razões e condições. Uma delas para se ter um licenciado é necessário a detenção de condições técnicas e econômicas. Não adianta retirar a patente da Roche e dar para alguém na esquina e dizer faça esse produto. Por isso que há uma série de condicionamentos que tornam inócua a ordem do CADE obrigando a licenciar. É necessária a intervenção do Estado disciplinando e gerindo isso. Buscando no licenciado condições técnicas e econômicas para

que após um ano da concessão da licença compulsória ele realmente inicia a fabricação.

Esses são dois aspectos mínimos que se poderia abordar. Haveriam muitos outros, evidentemente, mas eu quis apenas deixar conceitos para pensarmos como o tema deverá ser tratado. Não se trata apenas de patente, como também da questão da marca. A pirataria de marcas é uma das barreiras mais fortes para a entrada de novos concorrentes. Na hora em que alguém aqui registra a marca Gucci e ele impede que o grupo Gucci entre no Brasil porque a marca está com o pirata. E o pirata pede dez milhões de dólares para vender uma propriedade que era do coitado que foi espoliado e a Gucci não pode entrar. Esta barreira não foi contemplada nunca em nenhum de seus aspectos. Nunca foi levantado porque trata-se de um assunto extremamente técnico e específico que ainda não foi levado ao CADE. Para mim a maior barreira que existe hoje para novas entradas é constituída por marcas e por tecnologia. Obrigado.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Muito obrigado Dr. Pietro. Como vocês podem ver além das pérolas do cancionero italiano, ele é detentor de brilhantes e firmes considerações sobre o tema das patentes e a interseção entre este tema e o direito da concorrência, o que junto com as considerações do professor João Bosco, certamente deixará marcado o tema para os próximos trabalhos do IBRAC em seminários, para os próximos trabalhos dos nossos alunos de graduação e pós-graduação e para os cursos e concursos de monografia do IBRAC.

Assim, eu passo a chamar para estar conosco à mesa o Dr. Fernando de Magalhães Furlan, Procurador Geral do CADE, para tecer as suas considerações sobre o tema de atos de concentração. Vamos ouvir o Dr. Fernando e em seguida o Dr. Paulo Corrêa, depois faremos o intervalo para o café, visto que estamos conseguindo cumprir a nossa meta de tempo.

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

Obrigado xará. Obrigado ao IBRAC pelo convite. Eu vou me ater a aspectos mais processuais do tema ato de concentração, até porque os colegas que estão me acompanhando à mesa entrarão em detalhes mais teóricos. Eu convidaria a mesa para tomar acento nas primeiras cadeiras para acompanhar as exposições, por *power point*.

A minha exposição é bem rápida, até porque considero mais interessante deixar um tempo maior para os questionamentos que virão depois. O objetivo é trocar idéia com os advogados aqui presente e as pessoas da comunidade antitruste, com relação a aspectos processuais dos atos de concentração no CADE. Um dos pontos trata da questão da notificação do ato. Todo conhecem a legislação, mas para visualizar melhor o artigo 24 da lei que diz: *os atos deverão ser encaminhados para exame mediante encaminhamento da respectiva documentação*. O Parágrafo 5º reza que o atraso e na apresentação dos casos prevista em parágrafo anterior, será punida com multa pecuniária.

A questão que se coloca hoje no CADE é saber se a apresentação do ato de concentração com a documentação incompleta pressupõe intempestividade da notificação. Na procuradoria, há entendimentos de alguns procuradores federais no sentido de que a documentação incompleta apresentada juntamente com a comunicação do ato, pressupõe a intempestividade da notificação. Bem, falemos sobre os principais documentos que têm suscitado debate na procuradoria e começa a chegar a análise do conselho.

O que mais tem chamado a atenção da procuradoria é a questão das traduções. A jurisprudência do Conselho, ao longo do tempo, tem entendido e aceitado a tradução simples da documentação. Em especial, do documento contratual que seria o documento vinculativo que teria ensejado a notificação do ato. Nós temos defendido que a tradução simples é suficiente para a formação do convencimento dos julgadores, entretanto, há entendimentos contrários sobre a necessidade da documentação juramentada. Pessoalmente, considero que seria um ônus sem sentido exigir a apresentação da tradução juramentada do instrumento contratual, até porque considero que os tradutores juramentados são um tipo de cartel institucionalizado e de certa forma oficializado. Então, considero que é um ônus sem razoabilidade. Alguns procuradores da procuradoria do CADE, também entendem que os relatórios anuais e documentos anexos ao instrumentos contratual também deveriam ser traduzidos.

Nós sabemos que os órgãos instrutórios do sistema brasileiro da concorrência (SDE e SEAE) não tem exigido nenhum tipo de tradução. Entendo que não exigir nenhum tipo de tradução, principalmente não exigir a tradução do documento do contrato, seria um pouco apressado. Mesmo porque há disposições expressas na lei de registros públicos, no Código de Processo Civil e na própria Constituição que exigem a tradução dos documentos apresentados ao poder público. Nos relatórios anuais considero desnecessário porque os relatórios normalmente apresentam dados estatístico e financeiros em vocabulário que não se consegue entender o conteúdo.

Em seguida, vem a questão das procurações. Tem sido muito comum a apresentação do ato de concentração com procurações com cópias simples. Há quem entenda que as procurações também devem ser traduzidas e

há quem entenda que não. Eu considero que se requerentes apresentam a procuração traduzida, não haveria a necessidade de apresentar a procuração autenticada, ou um ou outro. Se você apresenta a procuração em outro idioma, é necessário que essa procuração venha devidamente autenticada. Senão apresentar a cópia da procuração autenticada ela deve ser traduzida. Talvez, o mais fácil seja a mera autenticação da procuração porque fica fácil visualizar o seu conteúdo sem que esteja traduzido para o vernáculo.

Outra questão bastante freqüente na submissão dos atos de concentração, trata do comprovante de recolhimento de taxa. Antes, o CADE tinha um modelo específico de recolhimento de taxa e de comprovante. Mais recentemente, o Banco Central instituiu um procedimento em que todas as taxas recolhidas ao poder público deveriam ser recolhidas através de um comprovante único. Esse comprovante único, que é o que é utilizado hoje, não é adequado, porque nele não constam dados importantes para a identificação dos requerentes e da própria operação. Então, para o saneamento do processo seria necessário que as requerentes apresentassem esse comprovante de recolhimento de taxa com cópia autenticada ou que apresentassem a versão original que seria a vista do funcionário responsável carimbada, para que tivesse o efeito da autenticação. Só gostaria de chamar a atenção dos senhores advogados da importância do correto preenchimento desse comprovante de recolhimento de taxa, porque se as partes não forem identificadas, fica difícil visualizar a operação e a comprovação do recolhimento, o que suscita alguns incidentes processuais desnecessários. Normalmente tem que se baixar em diligência, o que atrasa o andamento do processo e é uma coisa desnecessária. Caso isso seja feito e sejam autenticados esses documentos não há necessidade de tradução.

Outra questão trata do arquivamento do ato de concentração. Questiona-se a possibilidade de devolução da taxa processual recolhida, uma vez arquivado o ato de concentração por solicitação das requerentes. Apresentado o ato de concentração e por fatores extrínsecos ao processo, ou por motivos das requerentes, solicita-se o arquivamento deste ato. Assim, questiona-se se, ao solicitar o arquivamento do ato de concentração, faz-se jus à devolução da taxa processual recolhida. A resposta à questão, no meu entendimento, está na lei 9781, em seu artigo 2º, inciso 1º, que diz: *constitui fato gerador da taxa processual a apresentação de atos e contratos previstos no artigo 54*. Logo, uma vez consumado o fato gerador, não haveria como se devolver a taxa recolhida.

Outro tema que considero relevante discutir, ou pelo menos fazer menção, é a questão da substitutibilidade do compromisso de desempenho com relação ao compromisso de cessação. Digamos que as mesmas empresas tenham comunicado uma operação ao CADE e, portanto, gerado ato de con-

centração e essas mesmas requerentes tenham outro processo, um processo administrativo. É sabido que o processo administrativo trataria de condutas anticoncorrenciais da representadas e o ato de concentração de uma operação outra. A questão que se põe refere-se a um acordo, um compromisso de desempenho que esteja sendo implementado nesse ato de concentração e posteriormente estas empresas solicitam, ou demonstram interesse em confirmar um compromisso de cessação de prática no processo. Por isso questiona-se, se o compromisso de desempenho teria o condão de substituir o compromisso de cessação de prática.

Há posições no sentido de que, se já há um compromisso de desempenho seria desnecessária a celebração de um compromisso de cessação de prática entendendo, os que defendem esta posição, que o compromisso de desempenho já açambarcaria todas as questões que seriam possivelmente revistas no compromisso de cessação de prática. Particularmente, entendo que, se a lei previu dois instrumentos diversos, um para cada situação, não haveria como haver substituição entre eles.

Por último, outra questão bastante controversa e que está em voga na nossa área trata da possibilidade de consulta quando há ato ou contrato *in concreto*. O artigo 6º da resolução 18, estipula que, para que seja conhecida e apreciada a consulta é condição, seja ato ou contrato em tese ou transações hipotéticas, e não atos ou contratos que já tenham acontecido. Se as empresas ou a empresa apresenta uma consulta e o CADE, ao analisar a consulta, verifica que na verdade se trata de ato ou contrato que já foi realizado, a resolução 18 prevê a possibilidade de conversão desta consulta em ato de concentração. Conexo a esse tema está a possibilidade de se fazer uma complementação da taxa recolhida pela consulta. A taxa da consulta é cinco mil reais e a taxa do ato de concentração quarenta e cinco, quinze para cada órgão. Entendo, que sim. Já que estamos falando de taxa, o próprio Código Tributário prevê a possibilidade de compensação de tributos do qual a taxa é espécie. Mesmo porque, seria um ônus desnecessário às empresas, perder os cinco mil reais que pagaram pela consulta e recolher mais quarenta e cinco mil reais. Logo, acho que seria desarrazoada a exigência dessa taxa a mais. Enfim, esses eram alguns temas que eu trouxe para discutir com vocês. São temas que estão em voga no CADE, tenho certeza de que as perguntas serão bem vindas. Obrigado.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Agradeço ao Dr. Fernando Furlan, que compartilhou conosco suas ponderações e considerações sobre o que, atualmente, se discute nos julgamentos do CADE.

Eu, passo a palavra ao eminente Secretário Adjunto da Secretária de Acompanhamento Econômico, Dr. Paulo Corrêa, para que teça as suas considerações referente ao tema do nosso painel.

PAULO CORRÊA

Obrigado Fernando, boa tarde a todos. O tema que eu pretendo tratar nesse momento diz respeito ao controle de concentrações em setores de infra estrutura. O meu objetivo básico é chamar a atenção para o fato de que nesses setores, em especial em países em transição, alguns tipos de concentração de operações, em especial, que costumavam ser tratadas de uma maneira mais tolerante pelas autoridades, talvez, mereçam uma revisão mais atenta. A minha exposição está baseada num pequeno artigo que está à disposição dos senhores do lado de fora dessa sala.

O texto é um pouco mais amplo e trata de questões antitruste de uma maneira geral, nesses setores. Mas a minha exposição, em função do painel, vai se concentrar em temas relativos as operações de concentração. Apenas uma observação, na parte introdutória ainda, a idéia básica é chamar a atenção para o fato de que, no momento em que se privatiza os setores de infra estrutura, ainda que existam órgãos reguladores com função específica sobre esse setores, a política antitruste em tais indústrias torna-se um tema ainda mais importante. A mensagem básica desse artigo é que precisamos de uma ação antitruste mais intensa e certamente de qualidade maior nesses setores. As questões de operações de concentração, nesses setores, num certo sentido e do ponto de vista analítico, costumam suscitar questões um pouco mais complicadas do que aquelas tipicamente presente em indústrias comuns. Para tanto, vou tentar ilustrar meu argumento com alguns estudos de casos. O primeiro conjunto de temas será referente a fusões verticais, o segundo a conglomerações.

Notem os senhores que, tanto as verticalizações como as conglomerações, são usualmente operações que despertam menor atenção das autoridades antitruste, não apenas no Brasil, mas no mundo em geral. Mais uma vez, alerta que no caso dos setores de infra estrutura, há fortes razões para que seja revista certa tolerância. Começarei, então com as fusões verticais. Todos os senhores sabem, que nos anos 70, a partir dos estudos da escola de Chicago, se tornou razoavelmente hegemônica a idéia de que fusões verticais não seri-

am portadoras de riscos à concorrência, quase de uma maneira *per se*. Com a evolução da teoria econômica, mais recentemente, dos anos 80 para cá, se mostrou que sob certas circunstâncias específicas, esses resultados podem se alterar e fusões verticais podem, de fato, gerar efeitos negativos sobre a concorrência. Isso ocorre sempre em fusões verticais que aumentam as barreiras de entrada e exigem que um eventual novo entrante o faça em dois níveis ao invés de em apenas um ou quando haja possibilidade de aumentar os custos dos rivais. Vou procurar então, ilustrar um pouco esses dois casos.

Recentemente a Federal Trade Commission desafiou uma fusão entre um provedor de energia elétrica na Virgínia e o distribuidor de gás natural da mesma região. A ligação básica era a aquisição de um gerador elétrico por um distribuidor de gás. A alegação era que o mercado para a entrega de gás, nessa região, caracterizava-se por elevadas barreiras a entrada e estender outros *pipe lines* que já existiam, seria muito caro, tomaria muito tempo e seria difícil, na medida em que esse novo entrante, teria que obter novos direitos de passagem, o que encareceria o custo do investimento. Foi identificado, também, que os dutos existentes não dispunham de capacidade ociosa suficiente para servir aos potenciais entrantes. A operação então foi autorizada desde que a parte da empresa adquirida referente a esses ativos, esses *pipe lines*, fosse alienada.

Outro tipo de operação, ainda na linha de fusões verticais que tem gerado preocupação às autoridades antitruste, é o que se chama de fusões convergentes, um nome genérico para situações em que um gerador de energia elétrica tenta comprar um fornecedor de combustível, seja de rivais efetivos ou de competidores potenciais. O risco aqui é a possibilidade de aumento dos custos dos rivais com base nessa estratégia. O caso que pretendo usar é um caso de 1998 quando o Departamento de Justiça desafiou uma operação em que a “Enova” e a “Pacific” se fundiam. A “Enova” é dona de uma companhia que é a terceira maior provedora de eletricidade da Califórnia, a Pacific era virtualmente o único provedor de gás e de transporte de gás natural nessa região, além de ser o único provedor dos serviços de armazenamentos de gás nessa área.

O preço da energia elétrica nos Estados Unidos, era determinado a cada meia hora, e acredito que ainda o seja, pelo custo da última unidade ofertada nessa hora, no caso pelo custo mais alto. O argumento básico da autoridade era que essa nova empresa teria incentivos para aumentar os custos dos rivais, fazendo com que o preço da energia vendida a cada meia hora aumentasse, de tal maneira que suas unidades mais produtivas, e portanto com custos mais baixos, obtivessem um lucro supra normal. Para que a operação fosse aprovada exigiu-se a venda dessas duas plantas que tinham custos mais bara-

tos, porque no momento em que se alienasse as plantas mais eficientes, o incentivo para aumentar o custo dos rivais desapareceria.

Um caso bastante interessante, ainda nessa linha, diz respeito ao acesso à informação proprietária dos rivais, também uma fusão entre a “Pacific Corp” e a “Peabody”. A “Peabody” era uma companhia que produzia carvão nos Estados Unidos e o ofertava para aproximadamente 150 empresas de energia elétrica, no setor Oeste dos Estados Unidos, boa parte deles competidores da “Pacific Corp”. A preocupação básica era que através da oferta de insumos feitas pela “Peabody”, a “Pacific Corp” pudesse inferir as estratégias comerciais, inclusive, quantidade e preços dos seus rivais. Por conta disso, a operação só foi aprovada quando a empresa estabeleceu uma *file wall*, dessas que estão sendo bastante comuns em casos de portais, proibindo o acesso da “Peabody” a certas informações não públicas pela “Pacific Corp”.

Vou ilustrar apenas mais um caso ou talvez dois que tratam de operações de conglomeração referentes a problemas da concorrência potencial. Por razões que todos nós conhecemos, tanto empíricas quanto teóricas, as autoridades antitruste, tradicionalmente, tem evitando reprovar operações baseadas no argumento da redução da concorrência potencial, seja efetiva, seja concorrência potencial percebida. Há dois casos, também no setor de infra estrutura, em que ocorreram as operações que foram bloqueadas ou submetidas a certas imposições, exatamente pela variação que reduziria a concorrência potencial nesses setores.

Um exemplo muito interessante, também nos Estados Unidos, foi a operação que envolveu a tentativa da “Questar” comprar a “Curn River”, uma empresa transmissora de gás. A Questar era proprietária do único duto que servia os consumidores industriais em Salt Lake City e a “Curn” operava o outro duto, que embora não chegasse em Salt Lake City, passava por essa cidade. A empresa, depois de avaliações de mercado tinha anunciado planos de fazer uma extensão desse duto, que passava pela cidade, até o próprio centro do consumidor dessa cidade, introduzindo concorrência no mercado.

Como resposta ao anúncio da decisão, mesmo antes da construção da extensão do duto ter sido iniciada, a “Questar”, empresa incumbente, já havia reduzido os preços desses serviços para vários consumidores. Com base no argumento da eliminação de um concorrente potencial, a Federal Trade Commission proibiu a conclusão dessa operação e as partes abandonaram a idéia.

Finalmente, um último caso relativo ao exemplo de concorrência potencial percebida. Esse exemplo, mostra que em muitos casos as conglomerações envolvem empresas que não são concorrentes e que, embora ofertem o

mesmo tipo de produto, o fazem em mercados geográficos distintos, mercados que são geograficamente segmentados, muitas vezes, por razões de natureza exclusivamente institucional que desaparecem a curto espaço de tempo. Trata de um caso Australiano, em que a “ACCC” desafiou a aquisição da empresa “Al Gas Energy”, pela “Borau”. A razão básica era que cada uma dessas empresas detinha o franchising para a distribuição de gás em regiões muito próximas, porém distintas. Essa concessão inspirava em dois anos e, como antecipação a esse movimento, as empresas começaram a negociar preços menores com os seus clientes, para garantir a fidelidade desses clientes depois que terminassem os contratos de exclusividade da concessão e fosse aberta a concorrência. Evidências produzidas demonstraram que a percepção da entrada da “Borau” no mercado, havia reduzido os preços dos serviços ofertados pela “All Gas”, embora não houvesse, efetivamente, nenhuma mostra efetiva da entrada da “Borau” no mercado. A “ACCC” se opôs e o caso não seguiu.

Esse é um exemplo muito parecido com a operação ocorrida aqui no Brasil e também na Argentina, entre a Petrobrás e a Repsol IPF. A primeira tese apresentada pela empresa é que se tratava de fusão sem qualquer efeito prejudicial à concorrência, visto que não havia concorrência entre as duas empresas que operavam em mercados distintos. Como a partir de janeiro de 2002 se eliminariam as limitações às importações de combustível e também por razões de geografia econômica, a Secretaria entendeu que o mercado da região sul seria constituído por boa parte da região sul do Brasil, Norte da Argentina e a maior parte do Uruguai e Paraguai, e essa operação poderia, de fato, eliminar um concorrente potencial em 2002. Nós apresentamos esta perspectiva para a empresa que forneceu outras informações. A análise seguiu com essa nova visão e o caso foi aprovado pelo CADE com a recomendação da Secretaria. Era o que eu tinha a dizer. Muito obrigado pela sua atenção.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Obrigado Dr. Paulo. Eu gostaria de convidar a todos para tomarmos um rápido café e depois seguirmos com as palavras dos professores Arthur e Gesner.

FERNANDO MARQUES

Passo a palavra para o Professor Arthur Barrinuevo, para que teça as suas considerações.

ARTHUR BARRINUEVO

Obrigado Fernando. Dando continuidade a esse painel, eu gostaria de discutir com os senhores e senhoras tema que diz respeito às perspectivas do controle de concentrações, em consideração dois fatos muito importantes. Um deles, a proposta de modificação do projeto de lei que pretende mudar a forma de controle das concentrações, simplificando e agilizando esses processo. Outro ponto, também de extremamente relevância num país como o nosso em que as instituições estão em construção, é a questão da mudança da chefia do executivo com as eleições do ano que vem.

Assim, eu queria tratar desse tema de perspectivas de controle de concentração abordando dois aspectos apenas. O primeiro deles é a questão de eficiência e desenvolvimento econômico em atenção ao que se pensa no país e aparece como proposta de política pública para o desenvolvimento futuro. O segundo, é a questão da legitimidade, ou seja, nós economistas, advogados, autoridades, que trabalhamos na área da defesa da concorrência, com certeza temos a nossa atuação determinada, pelo menos fortemente diferenciada, pela legitimidade que o controle que a defesa da concorrência tem no nosso país.

O primeiro aspecto que eu gostaria de lembrar é a questão da eficiência econômica e o desenvolvimento econômico vinculado ao controle de concentrações, lembrando que a maioria dos partidos políticos que têm apresentado propostas, seja PMDB ou partidos mais de esquerda, da volta a uma política industrial como caminho para o desenvolvimento. Qualquer um dos pré-candidatos desses partidos, o próprio PMDB que contratou o ex-Ministro Mendonça de Barros para fazer o programa, lembro que ainda não tenho candidato, tem já uma proposta nesse sentido. Por isso, acho que vale pena se discutir até que ponto essa ênfase em política industrial e uma eventual retomada da idéia de política industrial deixada de lado nos últimos anos, influencia o controle de concentrações. Até que ponto a teoria econômica e a experiência de controle das concentrações justificam ou vão contra essas propostas de política industrial. Depois disso, penso que é interessante ver a legitimidade que se tem para propor tais mudanças.

O primeiro ponto que resalto trata da influência de uma política industrial que se pode chamar de antiga e uma política industrial nova que tem sido implementada por países mais desenvolvidos, em particular União Européia e o próprio Estado Unidos, ainda que sem o nome política industrial e traz uma série de políticas de fomento ao desenvolvimento e a competitividade que funcionam como se assim fossem. A velha política industrial que todos nós conhecemos é a política de subsídios que vinculada ao protecionismo

procurava construir campeões nacionais, causando muitos problemas como conseqüência. Visão que ainda tem certa importância na nossa sociedade quando se pensa e formula idéias econômicas sobre desenvolvimento. Certamente, esse tipo de política industrial voltada à idéia da constituição de campeões nacionais pode acabar se chocando com a idéia de defesa da concorrência e especialmente de controle de concentrações.

A política industrial que se pode chamar de nova, é uma política que se preocupa muito mais em fortalecer instituições e a própria concorrência, bem como de incentivar a pesquisa e desenvolvimento tecnológico cujo impacto é mais pró-competitivo. Embora, genericamente se possa dizer que em termos de teoria econômica e de experiência, o que se tem como conhecimento é contrário à visão antiga de política industrial. Quer dizer, não se acredita que concentrações dentro de um país com economia pequena possa efetivamente formar campeões mundiais. É certo que quando se tem segmentos tecnologicamente mais dinâmicos o fato de não cuidar da concentração, certamente, reduz o grau de inovação e competição nesses setores.

Por sua vez, as economias de escala não justificam grandes concentrações que política industrial mais antiga tende a favorecer. Trabalhos mais recentes mostram que em segmentos mais competitivos, indústrias mais competitivas internamente, em geral criam empresas com maior capacidade de competir internacionalmente. Logo, embora a política industrial mais antiga ainda sobreviva como uma idéia de parte da nossa sociedade rejeita essa visão.

Na verdade, a perspectiva do controle de concentrações, depois do consenso da escola de Chicago, idéia hegemônica nos anos 80 já superada, quando acreditava-se que as concentrações não mereciam controle em vista dos ganhos de escala repassados aos consumidores. A situação presente busca entender os fatores de jogo de mercado como, as barreiras encontradas, a diferenciação, o tipo de oligopólio que se está analisando, tudo que em termos econômicos se chama *corneau* ou *bertran*, instrumentos utilizados para verificar a existência de eficiência que certa fusão ou aquisição traria ao mercado. O resultado disso, é mostrar que em certas fusões determinadas condições podem aumentar a eficiência sem reduzir significativamente a concorrência. Por outro lado, há fusões com claro efeito anticoncorrencial sob o bem estar, seja bem estar de curto prazo, seja incentivo para inovação que determine o bem estar a longo prazo.

Assim, embora existam muitos detalhes e muitas questões nesse novo consenso, em geral se considera que a análise caso a caso pode ou tem condições de mostrar quando concentrações provocam danos ao bem estar, bem como quando seus efeitos são pró-competitivos. Por isso, pensando em termos de eficiência e desenvolvimento econômico, é fundamental no debate

sobre o projeto se ressaltar as idéias da importância da defesa da concorrência e da sua convergência com políticas industriais mais contemporâneas, na medida em que há o risco da volta ou de pelo menos de tentativas da volta da velha política industrial de favorecimento de alguns grupos.

Ontem o Secretário Paulo de Tarso falou muito sob a perspectiva de defesa de direitos dos consumidores, inclusive, comparando as infrações à ordem econômica com roubo. Infelizmente, embora essa idéia seja correta, ela ainda não é consenso na nossa sociedade. O impacto negativo que o abuso de poder econômico tem sobre as pessoas físicas ou jurídicas não é aceito ou considerado, consensualmente, como um problema, fato que se deve tanto à atuação do governo da defesa da concorrência, como à própria visão da sociedade.

Começo pela sociedade. Se existe um problema de legitimidade, parte desse problema está dentro da sociedade e não é responsabilidade só da população ou dos consumidores, mas também, das empresas e de seus representantes que conhecem a legislação de defesa da concorrência e não estendem seu conhecimento ou incentivam gestões de empresas a desafiar concentrações que tenham um impacto negativo sobre sua vida econômica. Esse atividade ainda é bastante reduzida na nossa prática diária como assessores ou representantes de empresas. Com certeza este seria um tema que o próprio IBRAC poderia promover, trazendo especialistas para discutir o apoio ao desafio de fusões anticompetitivas que prejudicam as empresas representadas pelos senhores.

O segundo ponto, trata da atuação governamental. Atuação recente que tem sido insuficiente para criar ou beneficiar a crença na cultura de concorrência. Eu gostaria de citar aqui três casos, todos dos anos 90 que, embora não tenham sido os mais rumorosos, estiveram entre aqueles que promoveram os maiores graus de concentração de seus mercados.

O primeiro deles, ainda sob a égide da lei de 91, foi a compra de significativa participação na Cosipa pela Usiminas. Depois de uma série de procedimentos o ato foi aprovado, ainda na sistemática da lei de 91, quando o próprio Secretário de Direito Econômico tinha condições de decidir sobre a aprovação ou não de atos. Tratava de ato em que, casualmente, se concentraram duas entre das três maiores empresas de aço plano do Brasil que mais tarde forma objeto do único caso de cartel comprovado pelas autoridades. Ou seja, um dos maiores casos de concentração, alguns anos depois, se transformaria no maior caso de cartel do país. É, praticamente, um caso de livro de economia onde se mostra que a concentração, efetivamente, aumentou a possibilidade de conluio entre as empresas.

O segundo caso, este mais famoso, é o caso “Kolynos”. Eu não conheço dados de participações de mercado de pastas de dentes, mas ao que consta, parece que não houve grandes alterações na participação de mercado da “Kolynos” e “Colgate”, antes e depois, da conclusão do compromisso de desempenho havido.

Por fim, o caso “Ambev”, no qual é desnecessário entrar em grandes detalhes. Os pareceres feitos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pela Secretaria de Direito Econômico, realmente, conseguiram apreender o que se passava naquele caso, tanto em termos de concentração horizontal, como em termos de restrições verticais, o que objeto do parecer da SDE.

Ao se pensar em controle do poder econômico no Brasil, tendo em vista nosso passado recente, se tem uma clara percepção da preocupação com a matéria, no entanto ainda existam aqueles que se esquecem que grandes empresas que, eventualmente, cometam impropriedades ou façam combinações que acarretem efeitos anticoncorrenciais terão problemas. Se de um lado há a preocupação com a mudança da lei, de outro, há quem acredite que políticas industriais mais antigas ainda podem subestimar a importância de controle de concentração. Embora, a teoria econômica vigente, a questão da integração brasileira ao comércio internacional, Alca e etc, contribuam para a primeira perspectiva.

Para concluir, ainda que seja importante discutir os aspectos mais técnicos relativos ao controle de concentrações, é consensual a necessidade de ações mais efetivas para o aumento da legitimidade de tal política. Nesse sentido, considero positiva a idéia da formação da Agência que além de promover este tipo de discussão, tornará mais efetiva a própria implementação desta política, embora ainda existam aspectos na mudança da lei 8884 que necessitem de uma discussão mais aprofundada. Obrigado.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Obrigado Professor Arthur. Eu passo a palavra para o Professor Gesner de Oliveira e convido a mesa para se sentar nos primeiros lugares da fila para acompanhar a apresentação.

GESNER DE OLIVEIRA

É uma enorme honra e satisfação estar aqui. Agradeço enormemente a paciência das senhoras e senhores de ficarem até o final para ouvirem minha breve palestra. O Dr. Ubiratan fez dois pedidos e eu gostaria de me compro-

meter com três pontos. O primeiro pedido que, como prêmio de consolação pelo fato de não podermos visitar esta tarde as Cataratas, eu trouxesse um slide mostrando para as senhoras e senhores tudo aquilo que poderíamos estar fazendo, aumentando o custo de oportunidade desta breve exposição que tenho que fazer. Segundo, o nosso presidente levantou, muito corretamente, a necessidade de ampliarmos nossa perspectiva, porque hoje somos honrados pela presença do Juan Riviér e do Dr. Willian Peña, além de vários outros visitantes estrangeiros que estimularam a discussão sobre a defesa da concorrência nos vários blocos do comércio multilateral e, em particular, no contexto da Alca. O terceiro ponto, é ser breve pelas razões evidentes de que todos queremos relaxar um pouco depois de um Seminário tão rico e produtivo. Por isso, eu gostaria de abordar três aspectos. Primeiro um rápido panorama da defesa da concorrência na Alca. Segundo algumas peculiaridades das economias em transição que constitui a grande maioria da Alca. Terceiro, alguns temas relacionados ao processo de desnacionalização, bem como às megas fusões que influenciarão o processo de discussão sobre atos de concentração na maioria das jurisdições. Estes são os temas que eu gostaria de explorar.

O número de legislações de defesa da concorrência, tem aumentado bastante. O Dr. Paulo Corrêa, um dos mais ativos representantes brasileiros, tem testemunhado na Organização Mundial do Comércio como o grupo de defesa da concorrência na OMC tem crescido enormemente, o que traz um novo quadro. É interessante se comparamos a evolução das legislações nacionais: nos anos 90 há imenso número de países que passa a adotar legislações e defesa da concorrência. É de se considerar que estamos, de certa forma, nesse processo, porque a legislação de 94 foi bastante inovadora e o projeto diante de nós, um projeto extremamente bem elaborado, também faz parte desse contexto de reforma. Os nossos colegas da Argentina estão implementando uma legislação relativamente recente, constituindo mais uma jurisdição que está reformando sua legislação de defesa da concorrência.

No grupo de defesa da concorrência da Alca, a grande discussão é como harmonizar, sobretudo como uniformizar critérios de decisão. O professor Barrinuevo, há pouco, chamava a atenção sobre as dificuldades de análise da jurisprudência de atos de concentração no Brasil. Certamente, há várias interpretações, várias visões a cerca do tema. Recentemente, numa discussão com a Colômbia, Venezuela, Chile, quando contrastamos a ação de casos concretos verificamos que ainda não há uma uniformidade e, como vamos ilustrar adiante, há muito o que fazer em termos de disseminação de legislações e de intercâmbio de critérios jurisprudenciais. Se nós perguntarmos quantos países da Alca tem legislação antitruste e nos perguntamos quantos países da Alca, efetivamente, fazem controle de atos de concentração, não

encontramos mais do que meia dúzia de países com uma jurisprudência de controle de estruturas, alguns deles bastante recente. Caso da Venezuela, Argentina, certamente, o mais recente, também o México que tem um pouco mais de experiência e, evidentemente, Estados Unidos e Canadá com uma experiência secular o que é muito pouco em relação à experiência das Américas. Esse tipo de controle, de alguma forma será questionado ou discutido, seja no próprio grupo de defesa da concorrência da Alca, seja na negociação a partir da reunião de Doha, entre os novos temas da OMC.

O que é peculiar nas economias em transição? O que tornaria a implementação desse controle de estrutura, de certa forma, um desafio analítico ao tratar atos de concentração em economias de transição? Eu chamo a atenção para cinco pontos. O primeiro deles já foi abordado e tem sido uma bandeira do IBRAC, é a ausência de cultura da concorrência, a dificuldade em fazer valer valores básicos de defesa da concorrência.

O segundo ponto, é a importância relativa dos segmentos informalizados nas economias. Há vários casos de mercados duais de economias em transição que não parecem jurisdições mais maduras, em vista de segmentos informalizados. São casos interessantes em que, um segmento do mercado não obedece a legislação, sobretudo a legislação tributária, e tem várias vantagens em relação ao segmento mais formalizado, o que implica, do ponto de vista de análise do efetivo poder de mercado, na liderança que empresas com poder de mercado, podem de fato exercer.

O terceiro aspecto interessante, é o tamanho dos mercados. Mesmo o Brasil com uma economia de porte médio e mercados relativamente pequenos, muitas vezes insignificantes quando comparados com as escalas mundiais, têm aumentado, de forma brutal, as escalas de vários segmentos da economia. Seria ingenuidade de nossa parte ignorar os enormes ganhos que determinados segmentos podem ter. Hoje em dia, determinadas decisões estratégicas de investimento só se realizam se integradas na produção global, portanto o tamanho do mercado e conseqüentemente o grau relativamente alto desse mercado são uma realidade para essas economias, bem como para as economias de porte médio e a maior economia, ou pelo menos em uma posição muito próxima ao México, é a posição da economia brasileira. Nas economias menores, e tem havido um esforço de entender a dinâmica das economias menores, o problema é ainda maior. Uma questão que provavelmente vai ocorrer, tanto na OMC quanto na Alca, trata dos blocos regionais, de controle regionais de atos de concentração o que provavelmente afetará o Brasil nos próximos três a cinco anos.

O quarto aspecto da maior relevância, é a importância relativa muito maior que as eficiências tem em economias em transição relativamente as jurisdições mais maduras. Esse é um ponto, em particular, que me parece mui-

to importante quando nós analisamos um caso como o da “Ambev”. Porque o volume de eficiências apresentado foi bastante significativo e todas as estimativas indicavam eficiências bastante elevadas. A frequência com que isso ocorre em economias de transição é muito maior. E essa frequência é muito maior, justamente porque essas economias tinham um grau de distorção de mercado muito maior, ao transitarem para economias mais liberalizadas, sem as distorções, processo de ganho de eficiência é brutal. O que se verifica, também, em segmentos da economia brasileira em que pequenas mudanças de racionalização, pequenas mudanças de organização do setor podem gerar eficiências significativas. Diferentemente, uma economia mais madura onde o sistema de preços é estável e os preços relativos são, historicamente, muito estáveis essas eficiências não se verificam com a mesma frequência. Em análise a um caso recente no setor de cervejas na Colômbia verificamos o mesmo fenômeno.

O último aspecto é a infra estrutura. A precariedade da nossa infra estrutura é algo fantástico, quando consideramos que 70% das estradas estão em péssimas condições, o sistema de saneamento é criminoso, do ponto de vista da saúde pública, e o sistema de energia elétrica dispensa qualquer comentário.. Se de um lado as eficiências levariam a uma posição mais leniente, em relação a avaliação do custo e do benefício de uma operação, do outro a precariedade da infra estrutura coloca enormes barreiras à entrada que deveriam levar as autoridades de defesa da concorrência a ser muito mais rigorosas em economias de transição. Em particular, o controle de certas estruturas praticamente vedam a possibilidade de concorrência efetivas ou potenciais. Esses elementos ajudam a refletir o que é peculiar em economias de transição e aparece nos fóruns internacionais.

Uma questão interessante seria em que medida há uniformidade de análise face ao que se decide em termos de ato de concentração? Se quiséssemos resumir quais são as cinco perguntas que as autoridade de defesa da concorrência, muito frequentemente, fazem ao analisar um ato de concentração, provavelmente cairíamos nessas cinco perguntas. 1. se houve no mercado relevante impacto estrutural; 2. se há efeitos nocivos; 3. se há barreiras à entrada (em geral com influência dos *guide lines* norte americanos, considerando a competitividade, a possibilidade de eficiência); 4. a análise de eficiências; e 5. a questão colocada como razões de bens em comum, que sempre aparecem de uma forma ou de outra em várias legislações, a discussão de política industrial, sempre colocada de forma mais intensa(Há pouco, na África do Sul, houve um grade debate na reforma da legislação, se deveria haver questões de interesse público ou não na análise de atos de concentração. Esse debate surge

com enorme freqüência e, provavelmente, com maior freqüência em países em desenvolvimento).

Ao analisarmos essa cinco questões nos países da Alca, nos preocupou a dificuldade de identificar, de forma clara, a uniformidade de critérios que possibilitem de harmonização. Ao todo, 34 países que integram o bloco e a maioria não têm uma legislação com tradição. Daqueles que têm legislação, a maioria não tem controles de estruturas. São países cujas peculiaridades colocam enormes desafios políticos para o controles de estruturas e ao mesmo tempo estão sujeitos a movimentos, extremamente interessantes, do ponto de vista do efeito da economia globalizada sobre suas estruturas de mercado.

Eu termino ilustrando, sob o ponto de vista do processo de desnacionalização e das mega fusões que afetaram esses mercados. Trata-se de trabalho feito pelo núcleo de pesquisas da Fundação Getúlio Vargas com a colaboração do CADE que analisou um conjunto de julgados do CADE para tentar chegar a algumas conclusões acerca da importância do fenômeno de desnacionalização e das operações globais. Foram analisados 317 casos que representam mais ou menos 59% dos julgados em 2001. O primeiro fato interessante, é a importância de operações globais, aquelas que afetam simultaneamente vários mercados relevantes e correspondem a uma estratégia global. Ainda que não estejam concentradas em um mercado relevante específico, correspondem a uma estratégia de ação global de diversos grupos envolvidos. Ao comparamos a resultados anteriores que constam no relatório anual do CADE, verificamos, no que se refere à participação relativa das operações globais, mesmo que não rigorosamente comparáveis, há uma sugestão de aumento da importância relativa, quase um quarto das operações de 98 poderiam ser consideradas globais e um terço das operações da amostra analisada tratam-se de operações globais.

São operações, portanto, que levam a impactos simultâneos em vários mercados relevante e naturalmente geram discussões entre as autoridades de defesa da concorrência. É fácil imaginar três ou quatro casos que afetam simultaneamente a Argentina e o Brasil. Trago alguns dados sob a forma desses atos que, rapidamente, vou passar cumprindo o compromisso de ser breve. No quadro há uma composição por natureza: são 66% de casos horizontais, 15% verticais, 19% de conglomerados.

Os senhores e as senhoras podem, eventualmente, perguntar por que a gente deveria se preocupar com isso? A preocupação está no fato de que os países que participam da Alca estarão preocupados com o grau de desnacionalização que está ocorrendo em vários países, na medida em que haverá possibilidade de se questionar o critério geral da OMC de tratamento nacional, de não discriminar conforme a origem do Capital. Gostaria de alertar que o fenômeno é importante, pelo menos no caso do Brasil, e provavelmente em

investigações futuras nós em outras jurisdições. Em 32% dos casos houve desnacionalização. Veja que a desnacionalização foi definida como controle de 50% do capital votante. Obviamente, é uma definição conservadora porque com muito menos isso é possível controlar a empresa. Aqui nós temos um outro dado sugerindo a importância relativa de mercados globais com uma breve desagregação por setores.

O que fizemos foi dividir os casos em que houve desnacionalização usando quatro critérios: 1. casos em que houve um crescimento sob a concorrência efetiva via exportações; 2. a concorrência efetiva via subsidiária; 3. potencial; e 4. a conglomeração. A empresa exportava para o Brasil e comprou a sua concorrente, é o caso número um. Caso número dois, duas empresas internacionais se fundiram como também suas subsidiárias concorrentes no Brasil. Caso número três, a empresa lá fora atuava no mesmo mercado que empresas aqui de dentro, mas não atuava no Brasil. Caso número quatro, adquiriu uma empresa brasileira e constituiu outro mercado caracterizando uma conglomeração. Esses são os casos que analisados. E aí o que foi feito foi dividir a amostra entre a proporção de casos grupo: casos em que houve desnacionalização e casos em que não houve desnacionalização.

Para concluir, verificou-se no grupo de casos analisados uma proporção maior de casos em que havia um impacto maior sob a estrutura do mercado. A hipótese é que se nós afetamos a concorrência efetiva via exportações ou diretamente no mercado, isso tem um impacto maior sob a estrutura do mercado, o que ocorreu no caso de desnacionalizações, sugerindo que esse conjunto de casos de desnacionalização pode chamar a atenção das autoridades de defesa da concorrência.

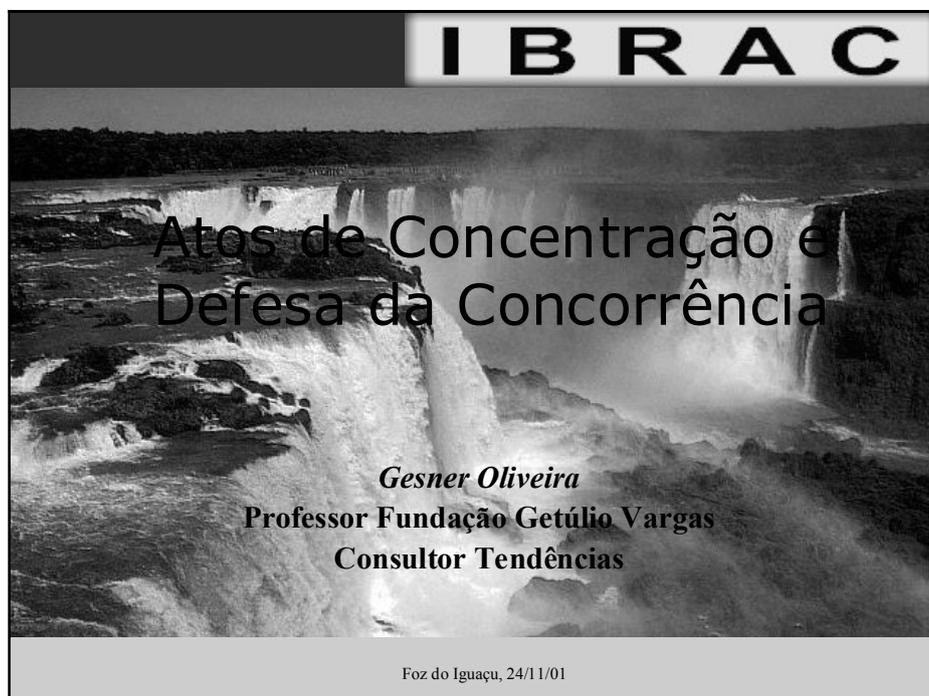
Além disso, fizemos um estudos de casos para analisar ou para testar algumas hipóteses, não vou entediá-los com a descrição detalhada desse estudo de caso, apenas chamo a atenção para alguns pontos básicos: primeiro, analisando as legislações da Alca verificamos a necessidade de fixação de princípios comuns (seria importante fixar alguns princípios comuns, para evitar políticas industriais contraditórias com a defesa da concorrência, seria o respeito ao princípio de tratamento nacional, tal como existe na OMC); segundo, considero um dos pontos fortes do projeto aqui apresentado a necessidade de cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência, (dito em um seminário onde possivelmente mais de 90% dos participantes são brasileiros e atuam no mercado brasileiro, talvez pareça um pouco acadêmico, mas nos próximos anos esta cooperação será fundamental para o trabalho cotidiano, seja como advogados, economistas ou autoridade pública); terceiro, os exercícios de *bench marking* ou os exercícios de estabelecimento de parâmetros internacionais para a atuação e acompanhamento de decisões, algo que

implementado, recentemente, pela Federal Trade Commission que divulgou estudo acompanhando decisões passadas, o que também deveria ser estimulado pelo IBRAC e eu sei que as Secretarias e o CADE têm esta preocupação. (Talvez no caso “Ambev” seja difícil ainda fazer uma avaliação, mas no caso “Kolynos”, certamente já há dados para tal avaliação. Chama a atenção, desagregando os dados de preço para creme dental, a brutal redução do preço real de creme dental.)

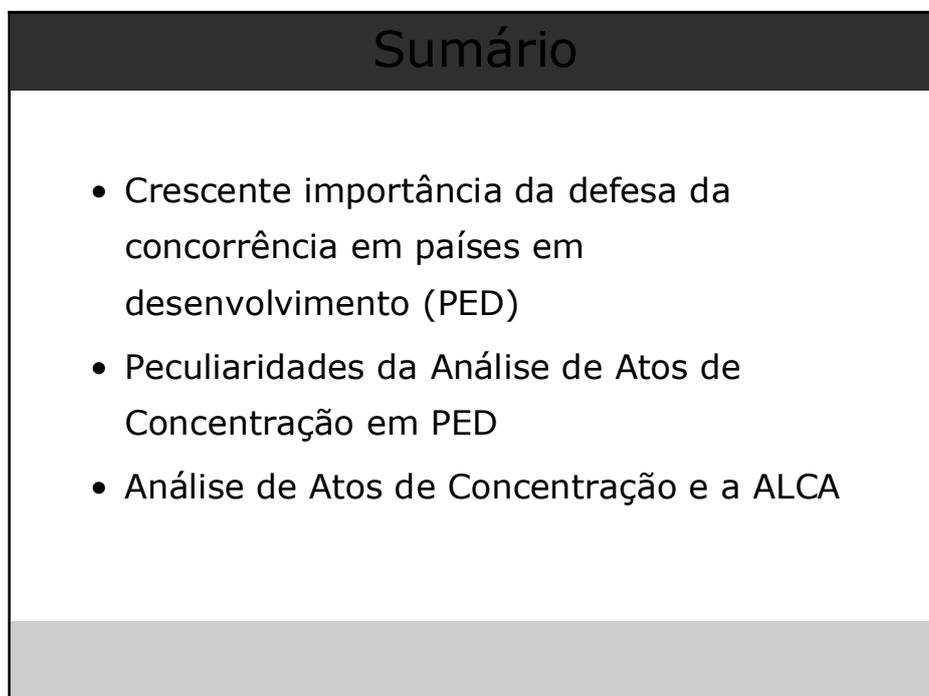
Na atualidade, o mais interessante é o fortalecimento da coalizão pró-concorrência. Temos assistido no Brasil, uma crescente preocupação com a OMC, a defesa comercial, além de vários outros assuntos que o empresariado e a sociedade brasileira não conheciam. Porém, há um risco de haver um sobre investimento em defesa comercial e perpetuar um sub investimento institucional em defesa da concorrência. Caso isso ocorra, certamente, haverá menos defesa da concorrência, queda de bem estar no conjunto das Américas e certamente retrocesso com relação à evolução da economia mundial do comércio e do investimento. Portanto, acho que a reflexão foi proposta acerca da Alca é da maior relevância e há várias tarefas a serem cumpridas.

Creio que começamos e podemos concluir que há um fenômeno importante de desnacionalização que deve ser estudado. Há uma tarefa de cooperação técnica a ser estimulada e nós não devemos cometer o erro que fizemos no Mercosul. Tenho a impressão de que no Mercosul o capítulo da defesa da concorrência foi tratado de uma maneira muito formalista. Na verdade estabeleceu-se uma série de regras até hoje não implementadas, até onde eu sei não há casos no Mercosul, não já jurisprudência no plano do Mercosul. Obviamente há boa vontade entre as autoridades para promoção da cooperação técnica, mas as circunstâncias são desfavoráveis e uma cooperação técnica mais sistemática deveria corrigir essas trilhas no Mercosul. No plano da Alca, a exemplo do que se tem no Nafta, deve-se enfatizar a cooperação e o fortalecimento dos organismos nacionais de defesa da concorrência. Creio que essa tarefa a se cumprir no plano da Alca e certamente para ser cumprida contará com a contribuição do IBRAC. Obrigado.

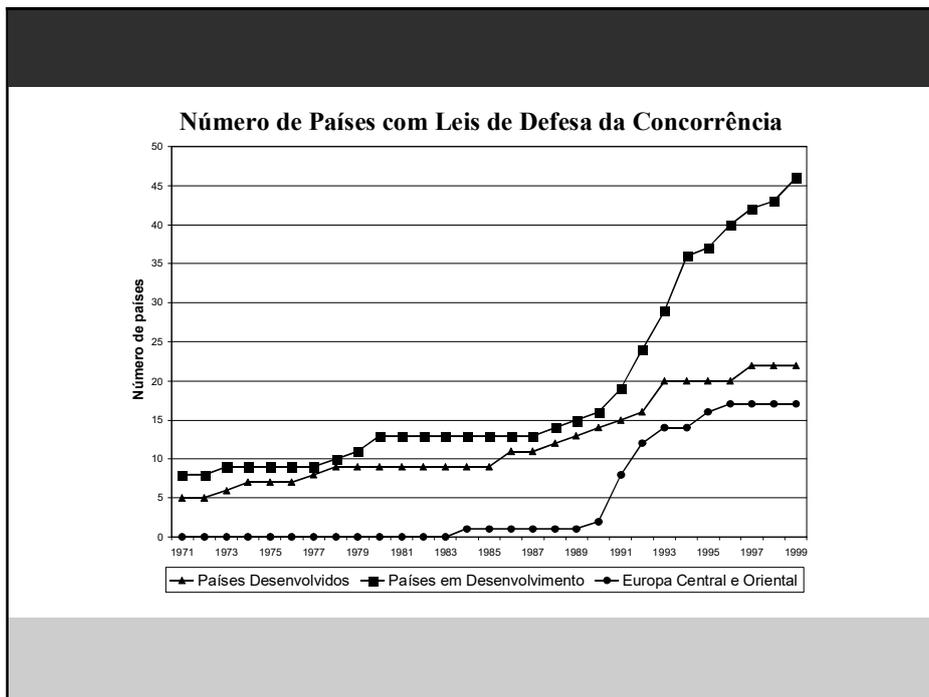
Slide 1



Slide 2



Slide 3



Slide 4

Ondas de Legislações de Defesa da Concorrência no Mundo

Período	Países
1980 - 2ª. Guerra	EUA, Argentina
Pós 2ª. Guerra - 1979	Japão, África do Sul, Chile, Colômbia, Israel, Brasil (1962) , Suíça, Líbano, Índia, Luxemburgo, Paquistão, Reino Unido, Venezuela, Austrália, Grécia, Costa do Marfim, Irlanda, Tailândia.
Anos 80	Coréia, Ilhas Maurício, Hungria, Canadá, Nova Zelândia, Áustria, Quênia, Espanha, Gabão
Anos 90	Chipre, Itália, Polónia, Bélgica, Bulgária, Eslováquia, Letónia, Mauritânia, Peru, República Tcheca, Romênia, Rússia, Tunísia, Belarus, Filipinas, Liechtenstein, Lituânia, México, Nigéria, República de Moldava, Taiwan, Ucrânia, Usbequistão, China, Eslovênia, Estónia, Fiji, Islândia, Jamaica, Noruega, Portugal, Suécia, Tadjiquistão, Turcomenistão, Costa Rica, Malta, Quirgistão, República da África Central, Senegal, Tanzânia, Turquia, Zâmbia, Albânia, Algéria, Croácia, Geórgia, Iugoslávia, Panamá, Zimbábue, Dinamarca, Holanda, Mali, Paraguai, Malawi, Cazaquistão, Indonésia, Marrocos

Slide 5

Países da ALCA que possuem Leis de Defesa da Concorrência

Existência de controle sobre atos de concentração	Não existência de controle sobre atos de concentração
Brasil	Bolívia
Canadá	Chile
EUA	Colômbia
México	El Salvador
Panamá	Equador
Venezuela	Guatemala
Argentina	Honduras
	Nicarágua
	Paraguai
	Peru
	Rep. Dominicana
	Uruguai

Slide 6

- Peculiaridades de Economias em Transição**
- Ausência de cultura de competência
 - Economia informal \Rightarrow Mercado dual
 - Mercados pequenos \Rightarrow Grau de Concentração
 - Maiores eficiências
 - Infraestrutura precária

Slide 7

Os Diferentes Países fazem as mesmas perguntas para analisar um Ato de Concentração?

1. Há impacto estrutural?
2. Há efeitos notoriamente nocivos?
3. Há barreiras à entrada tempestiva, possível e suficiente?
4. Há eficiências compensatórias?
5. Há razões de bem comum?

Slide 8

Objetivos da pesquisa

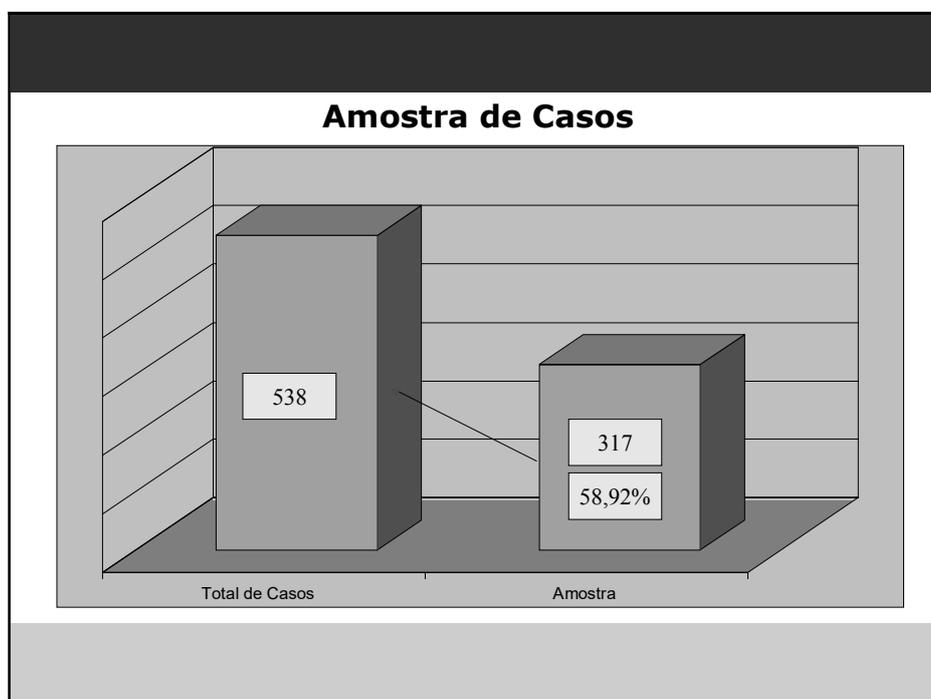
- avaliação da importância relativa da aquisição de empresas nacionais por empresas de capital estrangeiro nos julgados do CADE;
- discussão acerca de eventual especificidade de casos de desnacionalização no tocante ao seu impacto sobre a estrutura de mercado;
- discussão acerca de eventual especificidade de casos de desnacionalização no tocante ao comportamento das inversões produtivas pós-entrada

Slide 9

Importância da Cooperação Internacional: é possível aplicar Princípios da OMC?

- Transparência
- Tratamento Nacional
- Nação mais Favorecida

Slide 10

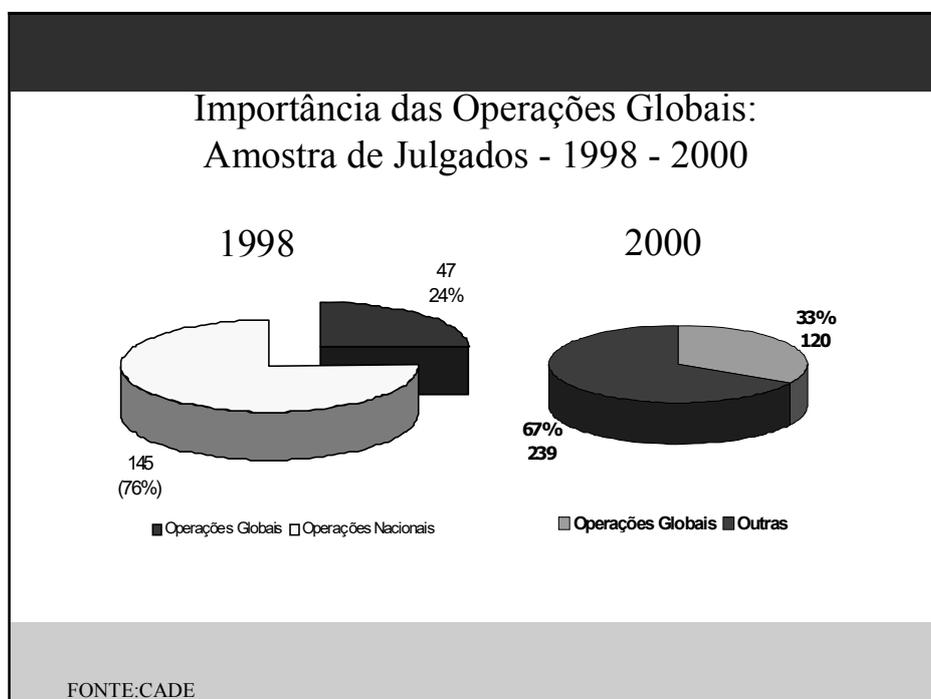


Slide 11

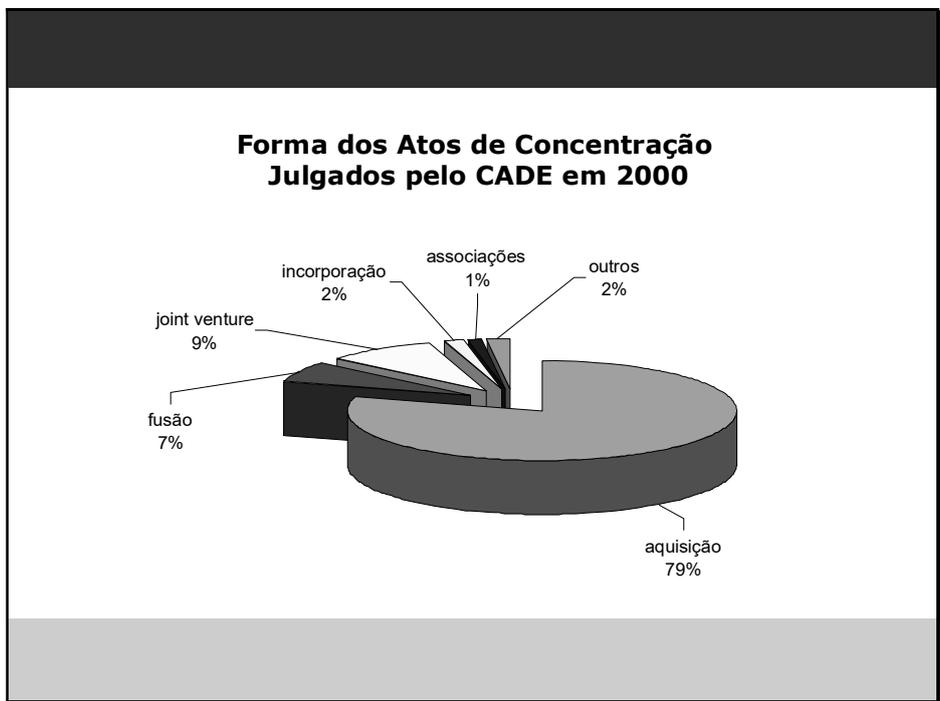
Exemplos de Operações Globais

- Usinor-Arbed-Aceralia**
- Mobil-Exxon**
- Renault-Volvo**
- Mercedes Benz-Chrysler**
- Chevron-Texaco**

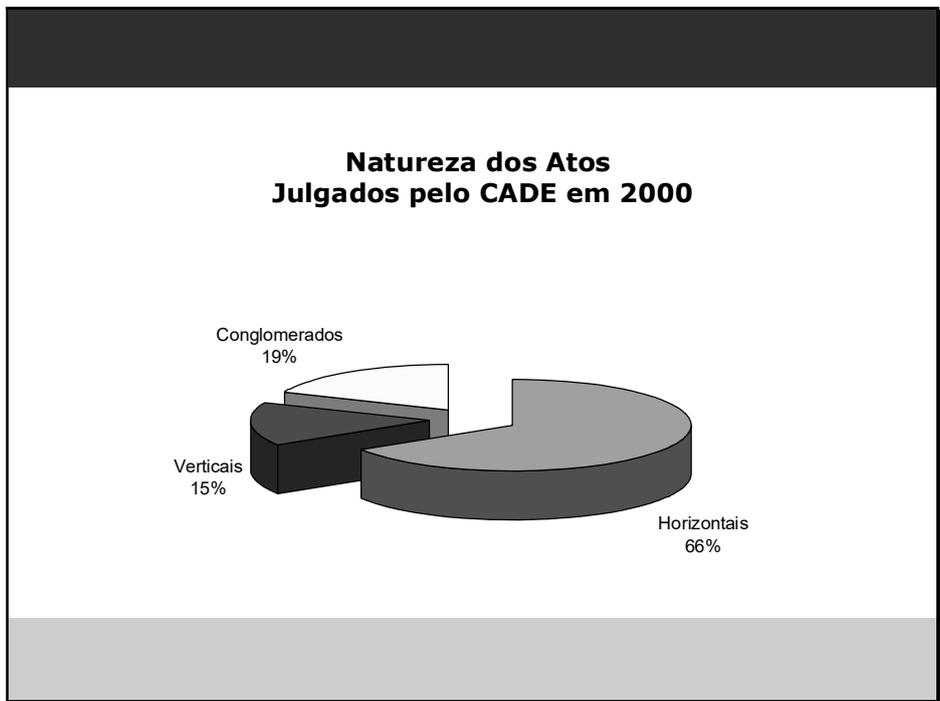
Slide 12



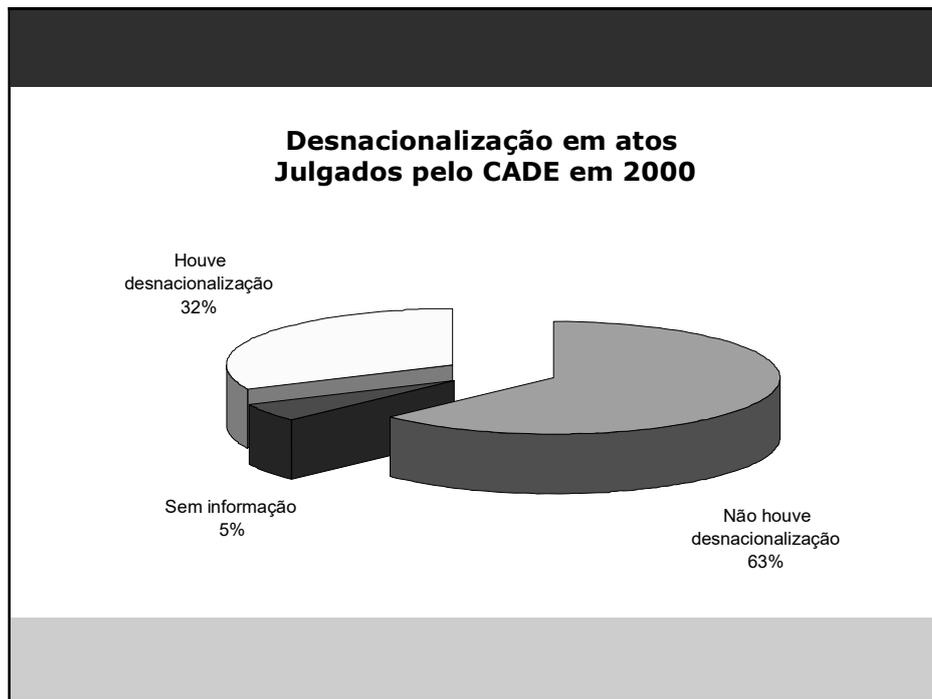
Slide 13



Slide 14



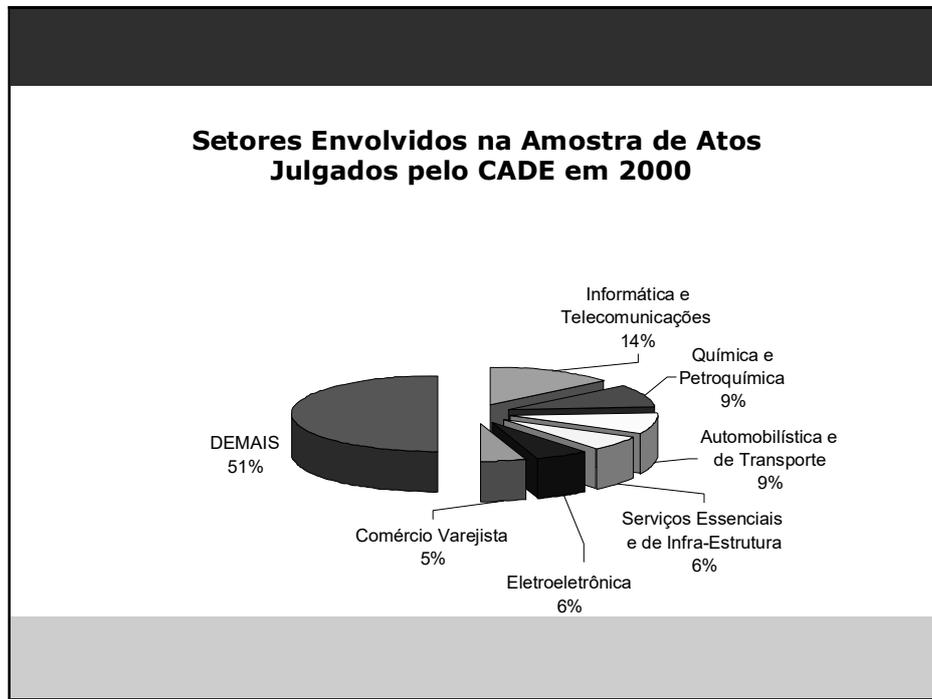
Slide 15



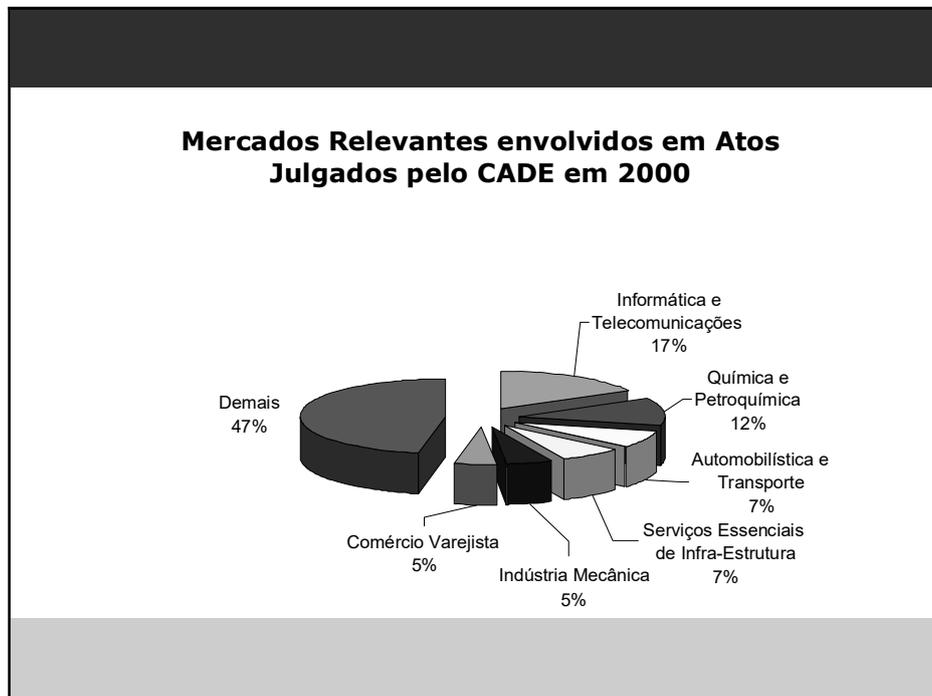
Slide 16



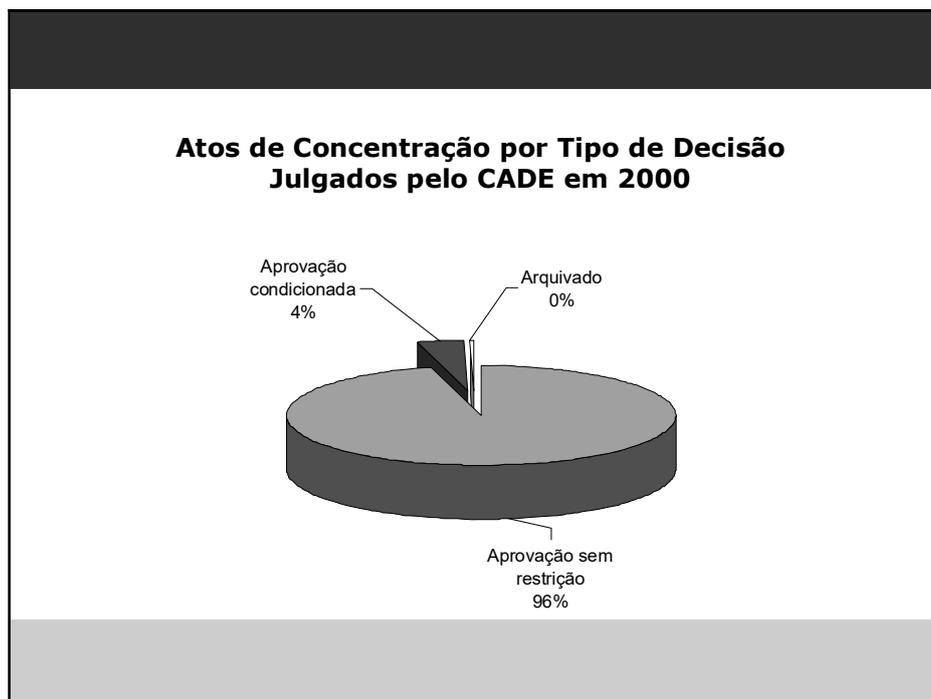
Slide 17



Slide 18



Slide 19



Slide 20

**Cenários de Impacto do Investimento
Direto sobre a Concorrência**

- 1 Concorrência Efetiva via Exportações**
- 2 Concorrência Efetiva via Subsidiária**
- 3 Concorrência Potencial**
- 4 Conglomeração**

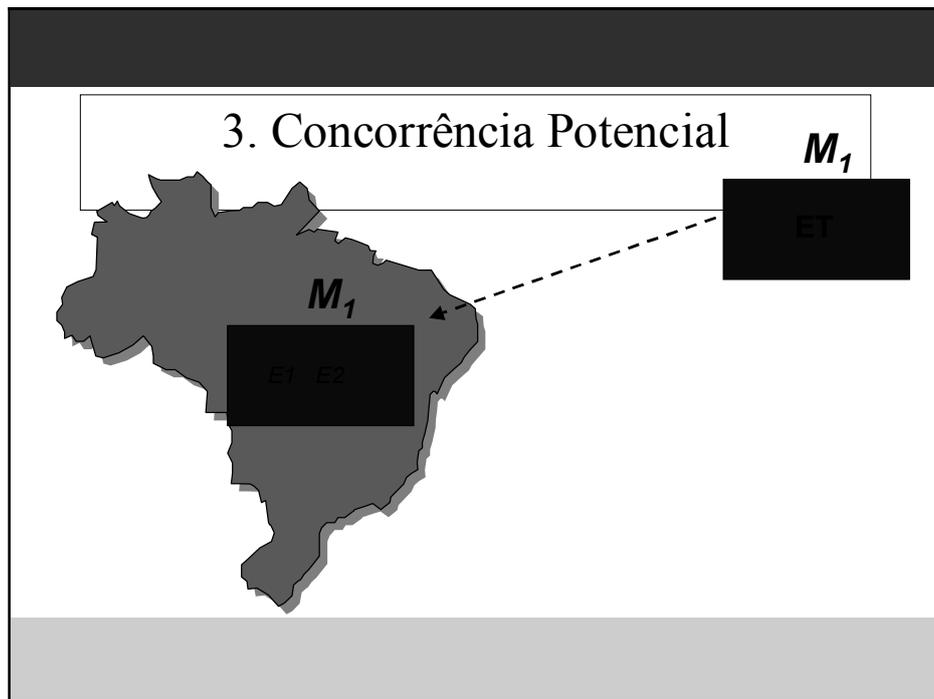
Slide 21



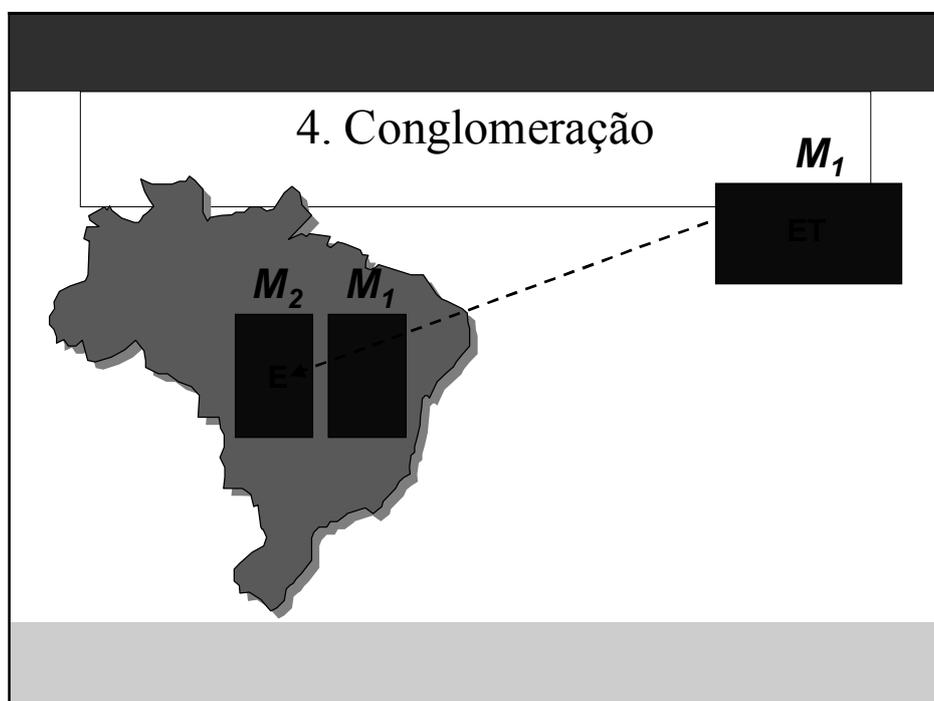
Slide 22



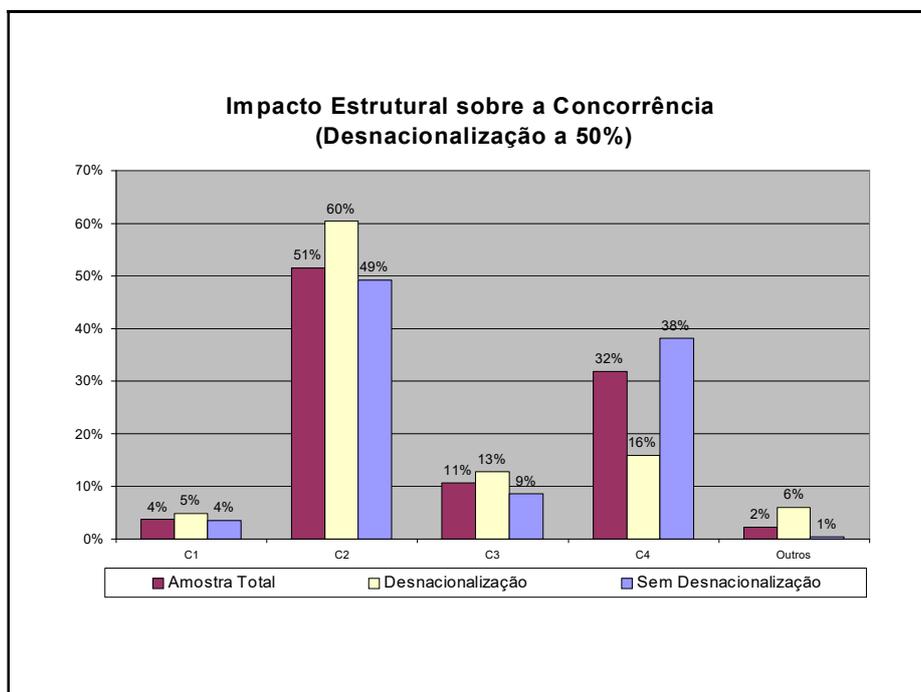
Slide 23



Slide 24



Slide 25



Slide 26

Teste Estatístico

H₀: as proporções C1-C5 na amostra de desnacionalizados é estatisticamente igual às observadas na amostra de não desnacionalizadas?

Tabela de contingência 2 x 5

	DESNACIONALIZADAS		NÃO DESNACIONALIZ.		TOTAL
	Frequência Observada	Frequência Esperada	Frequência Observada	Frequência Esperada	
C1	C _{D1}	E _{D1}	C _{N1}	E _{N1}	C _{.1}
C2	C _{D2}	E _{D2}	C _{N2}	E _{N2}	C _{.2}
C3	C _{D3}	E _{D3}	C _{N3}	E _{N3}	C _{.3}
C4	C _{D4}	E _{D4}	C _{N4}	E _{N4}	C _{.4}
C5	C _{D5}	E _{D5}	C _{N5}	E _{N5}	C _{.5}
TOTAL	C _{D.}		C _{N.}		C _{..}

$$G^2 = \sum_{i=1}^2 \sum_{j=1}^5 \frac{(C_{ij} - E_{ij})^2}{E_{ij}} \sim \chi^2$$

Slide 27

Tabela de Contingência: Desnacionalização (50%) e Impacto sobre a Estrutura do Mercado

	DESNACIONALIZADAS				NÃO DESNACIONALIZADAS				sem informação	TOTAL
	Frequência Observada	proporção observada	Estimador	Frequência Esperada	Frequência Observada	proporção observada	Estimador	Frequência Esperada		
C1	5	5%	4%	3,82	7	4%	4%	7,53	0	12
C2	81	80%	51%	51,93	98	49%	51%	102,32	4	183
C3	13	13%	11%	10,83	17	9%	11%	21,34	4	34
C4	16	16%	32%	32,18	76	38%	32%	63,40	9	101
Outras	6	6%	2%	2,23	1	1%	2%	4,39	0	7
TOTAL	101	100%	100%		189	100%	100%		17	317

$G^2 = 23,114$ G^2 crítico = 9,48773

Slide 28

Tabela de Contingência: Desnacionalização (50%) e Impacto sobre a Estrutura do Mercado – Categorias Agrupadas

50%	DESNACIONALIZADAS				NÃO DESNACIONALIZADAS				sem informação	TOTAL
	Frequência Observada	proporção observada	Estimador	Frequência Esperada	Frequência Observada	proporção observada	Estimador	Frequência Esperada		
C1 + C2	86	85%	55%	55,76	105	53%	55%	109,86	4	175
C3	13	13%	11%	10,83	17	9%	11%	21,34	4	34
C4 + Outras	22	22%	34%	34,41	77	39%	34%	67,80	9	108
TOTAL	101	100%	100%		189	100%	100%		17	317

$G^2 = 9,139$ G^2 crítico = 5,99

Slide 29

<p>Estudos de Casos I</p> <p>Foram selecionados casos que combinam:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) desnacionalização, (ii) natureza horizontal e (iii) informações sobre comportamento do investimento <p>Total: 4 (sendo que três foram julgados em 2000).</p> <p>Estudos de Casos II</p> <p>Casos que combinam:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) desnacionalização, (ii) Aprovação com restrição <p>Total: 3</p>

Slide 30

Estudos de Casos I				
Ato de Concentração	Mercado Relevante	Impacto sobre Estrutura de Mercado	Decisão do CADE e argumentação	Observação
1. Schindler e Atlas	Elevadores, Manutenção, Escadas Rolantes e Manutenção.	C2: Estrangeira atuante no mercado adquire nacional	Aprovação sem restrição: inexistência de barreiras à entrada.	Controladores manifestaram vontade de abandonar negócio.
2. Hebdco e Balcão	Comunicação e entretenimento, serviço de guia de vendas veiculado por mídia impressa.	C3: Estrangeira não atuante no mercado adquire nacional.	Aprovação sem restrição: escala reduzida da empresa adquirida.	
3. Sonacimo e Enplanta	Construção civil e varejo (shopping centers)	C3: Estrangeira não atuante no mercado adquire nacional.	Aprovação sem restrição: impacto irrelevante sobre o mercado	Compromisso de ampliação da capacidade produtiva
4. Belgo Mineira (Mapri) e Textron	Indústria metalúrgica, fixadores metálicos direcionados à indústria automotiva.	C3: Estrangeira não atuante no mercado adquire nacional.	Julgamento ainda não finalizado (jun/00). Mercado pulverizado. Poucas barreiras à entrada. Forte tendência para associações.	Belgo Mineira manifestou vontade de abandonar negócio. Valor da F&A semelhante ao greenfield investment.

Slide 31

Estudos de Casos II				
Ato de Concentração	Mercado Relevante	Impacto sobre Estrutura de Mercado	Decisão do CADE e argumentação	Observação
1. Canadian-oxy e Aracruz	mercado de insumos químicos branqueadores de celulose: clorato de sódio, soda cáustica e cloro	C3: Estrangeira não atuante no mercado adquire nacional	Aprovação com restrição: Desverticalização.	Redução da cláusula de não concorrência.
2. Standard, Ogilvy & Mather e Datasearch	serviços de bancos de dados.	C2: Estrangeira atuante no mercado adquire nacional.	Aprovação com restrição: "A operação não traz qualquer alteração na estrutura do mercado, trata-se apenas da substituição da posição da Data Search pela Standard"	Redução da cláusula de não concorrência
3. ABB e Mega	Distribuição de alta tensão (ABB) e produção de transformadores de baixa tensão (Mega)	C3: Estrangeira não atuante no mercado adquire nacional.	Aprovação com restrição: Não há barreiras à entrada	Redução da cláusula de não concorrência

Slide 32

A Importância da Cooperação na ALCA
<ul style="list-style-type: none"> • Fixação de princípios comuns para as legislações nacionais • Cooperação na análise de atos de concentração • Cooperação no combate a cartéis • Exercícios de <i>benchmarking</i> • Revisão regular da jurisprudência • Mais Importante: fortalecimento da coalizão pró-concorrência

Slide 33

Conclusões

- A desnacionalização é um fenômeno relevante.
- As operações envolvendo desnacionalização parecem apresentar maior impacto sobre a estrutura de mercado.
- A aprovação pelo CADE dos casos analisados reforça a hipótese de que para o país anfitrião é relativamente indiferente a entrada de capital através de F&A ou através de *greenfield investment*.
- As empresas entrantes preferem a via das F&A para efetivarem sua entrada.
- A constituição da ALCA exigirá notável esforço de cooperação para maior harmonização jurisprudencial.

Slide 34



MUITO OBRIGADO !

Para maiores informações:
site - www.gesneroliveira.com.br
e-mail - gesner@fgvsp.br

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Agradeço ao Professor Gesner, que trouxe dados e ponderações que compõe verdadeira pesquisa apresentada no nosso seminário e são de extrema relevância para a nossa reflexão.

Com a mesa composta, de imediato, passo a fase das perguntas pedindo, embora todos praticamente se conheçam, que a pessoa, rapidamente, se identifique antes de formular a pergunta, procurando identificar, desde logo, a quem é dirigida. Por favor o Dr. Darwin .

DARWIN CORRÊA

Dr. Darwin Corrêa, advogado. Vou propor uma questão ao Prof. João Bosco e outro ao Professor Gesner de Oliveira.

O Professor João Bosco mencionou, na sua intervenção, uma aparente impropriedade da proposta do anteprojeto disponibilizado neste Seminário que diz respeito à previsão de que no artigo 24 da lei 8884, um artigo que trata de penalidades adicionais àquelas previstas no artigo 23 da lei por infração da ordem econômica, que afirma que o CADE poderá, e aqui nos termos do anteprojeto proposto, condenar as empresas no licenciamento compulsório de patentes. Para colocar a questão vou apresentar as premissas das quais decorreram essa redação no intuito de enriquecer o debate e já pude antecipar isso para o Prof. João Bosco.

O licenciamento compulsório, a que se refere a lei 8884, tem natureza jurídica de penalidade aplicada em virtude de cometimento de infração da ordem econômica. Esta é uma premissa. O CADE tem a competência privativa, o anteprojeto mantém isso para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e, por decorrência, tem competência privativa para estabelecer as sanções administrativas a serem impostas. A sanção de licenciamento compulsório de patentes no contexto normativo da lei 8884, por sua vez, tem então natureza de remédio antitruste. O INPI não é o órgão antitruste no vigente direito e acredito que não deva sê-lo.

Portanto, o texto da lei 8884 em vigor, afirma que o CADE irá recomendar aos órgãos competentes o licenciamento compulsório de patentes, é tecnicamente incorreto e juridicamente inexecutável. Essa foi a razão que levou o grupo a refletir e propor essa alteração da aqui. A lei do INPI não prevê os critérios segundo os quais esse órgão deverá avaliar se irá atender ou não a “recomendação” vinda do CADE, nos termos do atual artigo 24 inciso 4º da

lei. Dentre as hipóteses de licenciamento compulsório de patentes previstas expressamente na lei do INPI, não consta a de cometimento de infração à ordem econômica, ou seja a lei que o INPI aplica e traz as causas de licenciamento compulsório de patente não contém a infração de ordem econômica como um delas. As causas que determinam o licenciamento compulsório no âmbito são outras, talvez o Prof. Pietro possa nos dar uma aula sobre quais são elas e em que contexto elas são aplicadas, mas a lei que o INPI aplica não tem nada a ver com infração à ordem econômica. Logo, isso só pode ser previsto em lei específica e é o que prevê a lei 8884. Portanto, a lei 8884 contém uma hipótese de licenciamento compulsório de patentes que decorre não de uma daquelas causas que a lei do INPI prevê e que tem fundamento em outras políticas públicas. Ela decorre de uma infração à ordem econômica em que a autoridade antitruste entende que não basta aplicar multa, não basta mandar publicar em jornal de grande circulação em meia página a decisão do CADE. É necessário um licenciamento compulsório, como remédio antitruste. Se esse remédio é necessário não caberia ao INPI, julgar se ele vai atender ou não a recomendação do CADE, ele simplesmente tem que dar o cumprimento

Nós até cogitamos em colocar no texto que o CADE determine ao INPI o licenciamento compulsório, mas é impossível que um órgão determinando ao outro se entre as autarquias não existe hierarquia. O CADE condena no licenciamento compulsório e em matéria de decreto ele simplesmente comunica um decreto que vai regular um processo administrativo e vai prever que o CADE comunique ao INPI, porque operacionaliza a decisão e obviamente o CADE não vai tratar desse assunto. Essa é uma das razões que eu cheguei a antecipar para o Prof. João Bosco.

Rapidamente com relação à questão do Professor Gesner. Eu não entendi quando ele falou em princípios comuns no contexto da cooperação da Alca. Princípios comuns de legislação que um futuro acordo de aAca irá prever, Quer dizer, o que ele entende pelo que sejam princípios comuns às legislações. Enquanto na SDE, no segundo semestre do ano passado, eu tive a oportunidade de participar de uma das reuniões do grupo negociador de política de concorrência na Alca e ficou muito clara a posição norte americana de que eles não aceitam nenhum tipo de princípio de direito material num, eventual, futuro acordo da Alca. Para eles basta um artigo no tratado que diga: *os Estados parte são obrigados a adotar e aplicar adequadamente uma legislação de concorrência*. Cada estado vai decidir se quer controle de estrutura, se quer controle de condutas e se cartel é *per se*. Os americanos não aceitam tratados de direito material no acordo de Alca. O Alca não vai gerar uma jurisdição Alca como há no Tratado de Roma, em que há uma jurisdição da Comunidade Européia há regras e normas sobre cooperação técnica, cooperação na produ-

ção de provas, trocas de informações. Segundo a posição norte americana, simplesmente, haveria um artigo obrigando os estados a adotarem uma lei de concorrência e aplicá-la corretamente. O que viria daí seria um problema de cada Estado. Por isso, eu queria um esclarecimento, o que o professor entende como princípios comuns? Obrigado.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Muito obrigado pela pergunta, até porque nós já conversamos no intervalo. A pergunta me foi adiantada e eu fui refletindo em cima do problema. Talvez, a questão decorre de alguns equívocos. Primeiro: na exposição de ontem se colocou o CADE com o órgão decisório. Órgão decisório é o Conselho de Contribuintes, é o Conselho da Previdência Social que decidem questões inter-individuais. Isso eu estou afirmando, pena que não esteja aqui o Dr. Mércio e o presidente, que não veio a essa reunião, Porque eles ouviram juntamente comigo do Dr. Bonifácio que presidia a comissão na Casa Civil da Presidência da República quando fomos encontrar com o Ministro chefe da Casa Civil. Ele disse para mim: *o CADE tem que ser mais ou menos como um órgão que decide as questões da previdência, questão tributária, etc.* Eu respondi que havia um equívoco muito grande. Primeiro, os órgãos da previdência decidem questões inter-individuais, micro- econômicas e micro-jurídicas, questões entre pessoas. O CADE decidi questões que interessam a uma Nação, um país inteiro, a um conjunto de empresas. Então nós não podemos assimilar Conselho de Contribuintes, Conselho da Previdência Social ao CADE. O CADE deve ter uma função judicante.

Na exposição de ontem ficou lá figurando o CADE como órgão decisório. Eu quero saber como um órgão decisório virá comunicar a uma autarquia porque o INPI é uma autarquia, uma penalidade que o órgão decisório aplicou. Então isso deve ser objeto de uma reflexão muito profunda. Entretanto, eu não quero ficar só no negativo não. Acho que o CADE tem que ter função judicante sim, porque ele é órgão judicante. Isso eu vou me bater até o momento em que o presidente da República por ventura assinar esse ato daqui algum tempo porque eu não acredito que isso possa passar.

Darwin é pura e simplesmente dizer o seguinte: o CADE, órgão judicante, imporá as penas do artigo 24, entre elas condenando a empresa a licenciar a patente e dando a ela o prazo de cinco dias para entrar com requerimento no INPI, sob pena de pagar uma multa diária X. Tá solucionado o problema. É como o Dr. Pietro disse: o que é o direito a uma patente? É um direito que eu tenho sobre um bem imóvel. Eu posso dizer, eu estou alugando o meu apartamento e publico no jornal a notícia, o mesmo se dá com o licenci-

amento da minha patente, eu ponho no jornal a notícia. Assim é o CADE, como órgão julgante, não como órgão decisório, mas como autarquia... (*)

...patente que está sendo questionada e num parágrafo a esse inciso dizer que a empresa tem o prazo de cinco dias para entrar com requerimento de licenciamento perante o INPI, sob pena de pagamento de multa de X por dia.

A minha objeção foi o CADE dar uma ordem para o INPI cumprir. Apesar da necessidade, conforme mencionei citando o professor Poças, de uma harmonia entre os órgãos. Essa harmonia passa a ser teórica porque há um sujeito que começa a questionar o cumprimento da ordem do superior, no caso de uma liminar por exemplo, será que se cumpre ou não cumpre a liminar? Não deve haver questionamento, ordem judicial é para ser cumprida, o que pode acontecer também no plano administrativo, embora não tenhamos o contencioso administrativo.

Perspectiva que poderia ser solucionada com a condenação dirigida ao titular da patente, com a imposição de uma multa pela transgressão, além da condenação em licenciar a patente no prazo X, seguido pelo parágrafo que diz sobre o requerimento no INPI. Continuo defendendo que o órgão titular, competente é o órgão regulador que concede e fiscaliza o exercício da patente, caçando-a quando necessário. Essa seria a competência salvo o engano. Se possível, gostaria que o Dr. Pietro complementasse essa opinião. Mas, diverso do CADE dando uma ordem ao INPI, acho que isso resolveria o problema.

PIETRO ARIBONI

Apenas complementando, para que fique claro, está prevista expressamente no Código de Propriedade Industrial, exatamente no capítulo relativo às licenças compulsórias, que pode haver duas razões para que a licença compulsória seja concedida. A primeira, havendo abuso de direito. No caso da patente, os direitos relativos à patente serem utilizados de forma não consoante, extrapolando os limites do exercício do direito de patente que estão expressos na lei. Segundo, isso está expresso, sempre que houver abuso de poder econômico, sendo este abuso apurado e determinado em processo administrativo ou judicial, através do qual o INPI venha a ser oficiado e comunicado. Mesma situação em que autoridade toma conhecimento de um crime pelo 41 do Código do Processo Penal, é obrigado a instituir o processo penal respectivo.

(*) Perda de gravação

Logo, sendo o INPI oficiado ou comunicado de qualquer forma, a respeito de uma decisão do CADE, reconhecendo a ocorrência de uma situação de abuso de poder econômico praticado através da patente, como autoridade única com competência para isso, vai instituir o devido processo legal, que apresenta uma série de condições processuais. Uma delas é a imediata substituição de parte, porque o titular da patente não é parte do processo de licença compulsória, é substituído na manifestação de vontade pelo presidente do INPI que assina, em seu lugar, o contrato de licença que traz o status de compulsório. Outra licença normal é a constituída, voluntariamente, através de pactuação entre as partes. Assim, haveria uma impossibilidade jurídica do titular da patente, ainda que condenado e submetido a qualquer penalidade de qualquer coação, iniciar um processo de licença compulsória porque falta a ele a condição processual que atinente apenas ao presidente do INPI.

GESNER OLIVEIRA

É uma enorme satisfação responder ao Dr. Darwin, cujo trabalho todos conhecemos. De certa é arriscado responder porque eu sei que nesta sala há vários especialistas em OMC. O que eu quis dizer a respeito de princípios comuns é que considero útil, diante dessa heterogeneidade do conjunto de decisões na Alca, estabelecer alguns critérios elementares, sendo verdade que os Estados Unidos não vão admitir a fixação desses critérios no âmbito estrito da Alca. Talvez eu esteja errado e os senhores me corrijam, mas a autora Dra. Vera Thortensen, é quem insiste no ponto de que as negociações que hora se iniciam e ganham velocidade, devam ser simultâneas. Por exemplo a questão antidumping que os Estados Unidos, certamente, em nada mudará sua posição no âmbito da Alca. Porém em um horizonte mais amplo, no contexto de uma negociação multilateral em Genebra, em maior ou menor grau, talvez haja a possibilidade de certa mudança.

No caso do estabelecimento de princípios comuns há discussão em curso de que há uma posição da União Européia favorável a um acordo mundial que estabeleça alguns princípios comuns para as legislações nacionais, claro que há a posição dos Estados Unidos, muito refratária, mas que pode ser alterada. Isso deverá ocorrer no curso da rodada que se inicia e repercutirá na Alca. O meu ponto é que isso interessa ao Brasil, interessa ao país a fixação desses critérios comuns. Seria muito interessante que em todos os países da Alca houvessem legislações, fato que é interesse do Brasil e do bem estar mundial.

Ponto que não se deve ignorar, trata da disseminação dos critérios de defesa da concorrência no Mercosul, na Alca e no mundo. Embora o Brasil,

me corrijam as autoridades, não tenha uma posição muito clara a esse respeito. Também, bastante resistente tem sido a posição dos vários países em desenvolvimento, como africanos e asiáticos, em relação a um acordo de defesa da concorrência. Para o Brasil, particularmente, seria interessante a uniformização desses critérios evitando, sobretudo, a introdução da velha política industrial que contamine a boa aplicação de legislações nacionais em defesa da concorrência. Obrigado.

MARIA TEREZA MELO

Maria Tereza Melo, instituto de economia da UFRJ, a minha questão trata ainda do problema das patentes. Chamo a atenção para um problema que o projeto de lei talvez esteja criando em torno da sistematicidade do ordenamento jurídico. Um direito, em princípio, deve funcionar como sistema onde várias normas devem funcionar integradas. Por isso, quando você mexe em uma delas acaba afetando outras, às vezes, até sem previsão. Este pode ser um caso.

O sistema de licenciamento compulsório atualmente existente na lei de patentes, artigo 68, prevê a concessão de licença pelo INPI. Não estou aqui com a lei, mas se bem me lembro, trata de pedidos nos casos de abuso de direito, abuso de poder econômico, não atendimento às necessidades de mercado, etc., que devem ser feitos pela parte interessada em fabricar a inovação patenteada. Ou seja, deve haver empresa interessada em usar a patente que pede ao INPI a concessão de licença compulsória desde que verificados o preenchimento de requisitos. A mudança proposta no projeto de lei transfere parte dessa competência para o CADE, na medida em que nos casos de abuso de poder econômico, quem estaria decidindo acerca da licença compulsória seria o CADE e não mais o INPI. No entanto o projeto de lei não revoga o artigo 68, não modifica o artigo 68. Logo a convivência entre as duas normas vai gerar confusão judicial, problemas de interpretação, etc. o que exige cautela.

Por outro lado, me parece bastante razoável que questões de abuso de poder econômico cuja competência é do CADE, sejam resolvidas pelo próprio CADE, inclusive no que se refere a seus remédios. Por isso, o remédio licença compulsória poderia ser um remédio antitruste, e neste caso seria bastante razoável que ele fosse aplicado pelo CADE sem a necessidade de comunicar ao INPI para que o INPI faça isso ou aquilo, evitando a deflagração de problemas já apontados, como ausência de relação hierárquica, entre outros.

Nesse sentido, talvez seja necessário pensar numa melhor compatibilização entre esse dispositivo do projeto e o próprio artigo 68 da lei de patentes. Até, eventualmente, tirar da esfera de competência do INPI a questão do abuso do poder econômico, por se tratar de assunto da seara antitruste o que mereceria certa reflexão.

PIETRO ARIBONI

Gostaria de fazer apenas um esclarecimento. A iniciativa para instaurar o processo de licença compulsória só compete a parte interessada no caso de abuso de direito. A empresa sofre uma lesão individualizada pelo titular da patente que age com abuso de direito, via de consequência, ela pode solicitar, diretamente, a instauração do processo ao INPI, em que ela será a beneficiária. Portanto, como parte imediata, ativa, direta e interessada ela pede para ser concessionária da licença compulsória. Essa é a única possibilidade.

O artigo 68 associado ao 71 da lei de Propriedade Industrial estabelece que em caso diverso em que o titular do bem jurídico lesado é a coletividade, situação em que se viola a patente não em termos de abuso de direito, mas como abuso de poder econômico, completamente diferente do primeiro caso, porque não existe um interessado imediato. A lei é expressa dizendo: *sempre que ocorra abuso de poder econômico e que a autoridade competente, através de uma sentença administrativa ou judicial, determine a ocorrência de um ato de abuso de poder econômico instrumental para a lesão do sistema da livre concorrência. Neste caso desde que o INPI esteja oficiado, notificado, ele tem obrigação de instituir um processo de licença compulsória.* A única falha do dispositivo é não aludir, de forma direta, ao CADE.

Nestas circunstâncias, através do devido processo legal, o INPI comunica, anuncia no jornal dizendo que tem um apartamento pronto para ser alugado e aquele que tiver condições técnicas e econômicas e se interesse poderá ser o licenciatário. Constituindo, assim, um processo aberto com oferta pública na qual se estabelecem as condições para o licenciamento. Na sequência, o interessado se apresenta ao INPI, trava discussão direta com o presidente do INPI que substitui, em termos jurídico, a figura do titular da patente, compondo os *royalties*, estabelecendo as condições para a licença. Pode ocorrer que não haja um idôneo parceiro para ser licenciado compulsório. Nesse caso, não teria adiantado nada uma ordem, de quem quer que seja, dizendo para o titular da patente que ele é obrigado a conceder licença, seria um absurdo esse tipo de conotação. É o mesmo que pedir para o ladrão que acaba de ser apanhado em flagrante, que se apresente para que o delegado inicie o processo de sua prisão.

JULIAN PEÑA

Boa tarde, Julian Peña, Argentina. Duas perguntas para Gesner de Oliveira. Na sua palestra fez um diagnóstico que daqui a cinco anos, em virtude de um intensivo processo de desnacionalização, a cooperação internacional será uma forte necessidade para o Brasil e os países da região. Da mesma forma, expressou que na atualidade, apesar da vontade há várias limitações técnicas. Assim, no seu ponto de vista, quais seriam as condições ótimas de cooperação internacional? A pergunta é: com base na sua experiência, qual é o cenário possível e mais realista no qual, daqui a cinco anos, em nível bilateral com a Argentina, em nível de Mercosul ou Alca, nós vamos nos encontrar em matéria de cooperação internacional? Também, em tema de cooperação internacional, qual sua opinião a respeito das negociações entre a União Européia e Mercosul?

GESNER OLIVEIRA

Agradeço muito a pergunta do nosso caríssimo Dr. Penha. Creio que a questão “como fazer cooperação” será o mais produtiva possível e aqui há pessoas muito experientes nisto, como o Dr. Paulo Corrêa, Calliari, e vários outros presentes que colaboraram muito neste sentido. Eu acho que deveríamos ser muito práticos, por exemplo, no Mercosul em relação à cooperação bilateral Brasil/Argentina. Eu acho que exercícios de revisão de experiências de decisões de um país por um conjunto de outros países, são extremamente úteis. Alguns dos presentes já testemunharam as sabatinas que são feitas na OCDE.

Acredito que uma aproximação entre o IBRAC e órgãos semelhantes da Argentina, ao mesmo tempo em que propicia uma cooperação sistemática, avaliando decisões ou conjunto de decisões que tenham impacto simultâneo na Argentina e no Brasil, me parece bastante produtivo. Também o intercâmbio entre autoridades brasileiras e argentinas, a comunidade de profissionais do Brasil e outros países, e o Dr. Ubiratan tem sido um grande incentivador nesse sentido, é talvez a maior da Alca ou a terceira da Alca. Eu não sei em comparação com o México, mas parece ser a terceira da Alca. A minha experiência pessoal e a participação em reuniões diplomáticas para discutir acordos disso e aquilo tem demonstrado que, muitas vezes, se perde tempo por conta de formalismos e não se discute assuntos básicos.

Por exemplo nós temos um documento bastante sofisticado e detalhado que é a portaria SEAE/SDE para análise de atos de concentração. Na Argentina também há um roteiro de análise de concentração. Certamente, o trabalho em torno de documentos unificados, tecnicamente uniformes é extremamente útil. Por isso, acho necessário um programa de trabalho prático talvez do lado de profissionais na área de defesa da concorrência e regulação, como o que faz a *Global Competition Review* que classifica agências e órgãos de defesa da concorrência. Talvez seja questionável a metodologia, algo muito embrionária, mas talvez um ranking de agências reguladoras, como as agências de risco fazem com os vários tomadores do empréstimo são exercícios extremamente úteis para definir *bench marks* e parâmetros claros a partir dos quais se possa avaliar a situação da defesa da concorrência. Uma idéia muito prática, fico até constrangido porque são realmente muito práticas e peço desculpas pela obviedades, mas a verdade é que não temos diferentemente da OIT, das reuniões do Fundo Monetário, me sinto até complexado nas reuniões do fundo porque lá constam todos os indicadores, performance de déficit nominal, déficit operacional, etc. Então me questiono, quais são os indicadores relevantes do ponto de vista da defesa da concorrência da regulação, que estabeleçam parâmetros internacionais? O que é uma tarefa muito importante, principalmente nas Américas. Ainda, há a situações dos setores regulados, tão carente de estabelecimento de critérios objetivos para seu exercício, como Dr. Corrêa levantou. Estes são programas de trabalho aos quais deveríamos dedicar o esforço de cooperação.

ANTÔNIO GOODGOD

Antônio Goodgod, advogado e economista de Belo Horizonte. Ontem na palestra brilhante do secretário Paulo de Tarso ele falou sobre ações de estado e ações de governo. Hoje ouvimos algumas considerações acerca da área de influência da futura agência que se pretende criar, cujo projeto de lei que também já tivemos a oportunidade de apreciar aqui. Verificamos hoje algumas divergências de conteúdo, até filosófico quando nada práticos, em relação a uma possível pendenga entre INPI e órgão de repressão às atividades anticoncorrenciais. Eu tive a oportunidade de ler o texto, por sinal muito bom, do Dr. Gesner de Oliveira do jornal de hoje, em que no suspiro final da fala perguntaria se não estaria na hora de reforçar o CADE oferecendo ferramentas mais adequadas. O próprio Dr. Gesner falou aqui de cooperações internacional e sistematização, quando nada da colaboração entre os órgãos de repressão de ordem antitruste nas Américas, quanto mais da introdução da Alca. Fica a pergunta ao Dr. Gesner, Prof. João Bosco Leopoldino e Paulo Corrêa: primeiro não seria o caso de se determinar a quem estaria vinculada a nova agência,

ao Ministério da Justiça, órgão de ação de Estado ou à área econômica que trata de ação de governo. Ao Prof. Gesner resta a pergunta sobre como se poderia sistematizar um programa de cooperação internacional na área da regulação anticoncorrencial.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Esta é uma questão que não se pode responder assim, deve ser tal Ministério. Note a diferença das legislações e a diferença de cultura dos povos. Por exemplo, a mim me parece, não tenho bem certeza, mas a constituição do *Competition Tribunal* do Canadá, é uma constituição totalmente diferente da nossa. Ele é presidido por um juiz federal, do Tribunal Federal de Ottawa e mais quatro juizes federais, depois por outros elementos. São advogados, economistas e representantes de outras áreas, é uma constituição diferente, é um tribunal que não tem vinculação. Na França me parece estar vinculado ao Ministério da Economia, segundo a legislação francesa de 1986.

No Brasil, já desde o nascedouro veio vinculado ao Ministério da Justiça. Porque a nossa tradição do Ministério da Justiça é de uma política de proteção de defesa dos direitos humanos, de defesa do direito da cidadania. O Ministério da Justiça, como falaram ontem, tem uma vinculação muito maior com o Estado, com uma política de Estado e não com uma política de governo. Já o Ministério da Fazenda tem uma vinculação com uma política de governo e eu acho que colocar o CADE vinculado ao Ministério da Fazenda, será colocá-lo suscetível a essas mudanças constantes. O meu pensamento é o da vinculação do CADE ao Ministério da Justiça como autarquia, o que se tem até hoje. Desde o seu nascedouro pelo decreto lei 7.666 de 1945, que não foi implantado, mas depois a partir de 62. esse é o meu pensamento.

PAULO CORRÊA

Muito brevemente, eu acho que o Ministério da Justiça tem todos os métodos para receber essa agência e de fazê-lo bem e nem de longe, me permito discordar, entre esses métodos está o fato de ser um órgão de Estado ou tratar de políticas de Estado. Com base nessa argumentação eu poderia dizer que um dos objetivos básicos do Ministério da Fazenda é o controle da estabilidade macroeconômico que é uma política de Estado e não de governo. Na verdade, tanto o Ministério da Fazenda quando o Ministério da Justiça, desenvolvem políticas que em grande parte são definidas pelo titular do Executivo.

Existe uma política de segurança particular, a cada governo uma política de direitos humanos em particular. Embora existe um princípio básico de respeito aos direitos humanos, de garantia de certos direitos civis e de segurança. Por isso acredito que o Ministério da Justiça tem todos os métodos para se discutir esta agência, mas o assunto não é tão simples assim.

Também, me incomoda um pouco a visão de que é possível isolar, com um passe de mágica, a Agência ou qualquer Agência de influências políticas, simplesmente definido em que Ministério a aloca. Eu me atreveria dizer que há certos Ministérios para os quais a gente tenderia a ver a ida da Agência com menos simpatia. Por exemplo, o Ministério da Indústria e do Comércio, atualmente Ministério do Desenvolvimento, até pela história de ação desse Ministério acentuaria os riscos apresentados aqui tanto pelo Prof. Bosco, quando pelo Prof. Gesner de Oliveira. Como último comentário eu diria que a preocupação com a má politização da agência, com a despolitização das decisões, precisa ser mais enfrentada com um olhar mais cuidadoso em cima dos incentivos existente dentro da agência, tanto para manifestação, quanto para o atendimento de interesses de grupos específicos.

Trata-se de um projeto de reflexão. A modernização do Estado brasileiro, como o professor Barrinuevo propôs, envolve uma institucionalidade que construa, traga os incentivos apropriados para que burocratas como nós, particularmente eu e os colegas SEAE, SDE, CADE, tenhamos um comportamento mais próximo possível do que seja interesse público. Isso nada tem a ver com a vontade individual de cada um, mas com o procedimento decisório, com a forma com que os interesses mais uma vez se manifestam. Ao longo desse projeto, desse processo decisório, que foi um projeto de reflexão passamos a olhar o problema da politização como uma ferramenta útil, a ferramenta da política ou se preferirem, da teoria da escolha pública.

Um último comentário que faço, aproveitando a oportunidade da palavra, é convidar o IBRAC, para no próximo ano fortalecer ou desenvolver o que o professor Gesner chamou de coalizão pró concorrência. Um diagnóstico muito importante desta mesa é a ausência de garantias de que a política de concorrência no Brasil seja considerado, no horizonte político, uma variável importante para os projetos de governo a serem apresentados.

Esse é um problema, eu me atreveria a dizer, que não é exclusivo do Brasil como demonstra a experiência latino-americana. Há inflexões importantes na história da política antitruste em vários países da América latina. É paradigmático o que tem acontecido no Peru, Venezuela, também no pequeno Panamá e recentemente na Colômbia. Principalmente Venezuela e Peru países que tinham, do ponto de vista latino-americano uma certa tradição de antitruste bastante razoável, guardadas as proporções, enfrentam nos últimos dois anos um confronto interminável com o novo executivo que levou à saída dos

quadros, esvaziamento das instituições e paralisação virtual do antitruste nesses países. Esse fenômeno deriva, fundamentalmente, de um conflito entre a Agência e o Executivo eleito, cujo programa de governo não envolvia nenhuma preocupação e, pelo contrário, até se opunham à política de concorrência. Assim, novamente, confio um convite ao IBRAC para que construa no próximo ano, do ponto de vista do debate, uma coalizão pró política de concorrência no país.

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Eu gostaria de complementar com uma pequena observação. Seria interessante, até para fortalecer institucionalmente a defesa da concorrência, que aqui se pensasse, não exatamente como fazem os EUA onde a FTC é responsável pelo congresso, mas que houvesse algum tipo de relacionamento mais próximo, um tipo de prestação de contas das agências, não só das agências da concorrência, mas das agências reguladoras, em relação a alguma comissão do senado que se preparasse para discutir essa prestação de contas.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

É importante salientar as palavras do Prof. Paulo e do Prof Arthur, a defesa da concorrência é matéria de importância imensa no seu aspecto preventivo e repressivo. Ela não é só uma função do Poder Executivo, mas função também, do Poder Legislativo e sobre tudo do Senado Federal e de sua Comissão de Assuntos Econômicos. Também é uma função importantíssima o que se realiza aqui no Brasil nos seminários do IBRAC, através do diálogo entre autoridades, especialistas e aqueles que trabalham na matéria, no sentido unívoco e até patriota de aprimorar essas instituições. Seminários como este, com essa convivência inclusive de advogados de diversos escritórios, testemunho a vocês que chama a atenção dos estrangeiros que não tem esta intensidade, esta convivência nos seus países de origem.

Talvez seja esta a razão pela qual, num período de seis malgrado anos, os intensos esforços do Professor Gesner na condução do CADE que devem ser salientados em grandes letras, fez com que num período tão curto tenhamos subido altitudes de notáveis estudo, debate, aprimoramento das instituições, aparelhamento e conhecimento de todas as pessoas que trabalham na área. Também, além do executivo e legislativo o destino da matéria, as cores com que essa matéria serão pintadas, depende do diálogo e do aprimo-

ramento das pessoas que estão dedicadas abnegadamente a estudar e a tocar isso no nosso país. Dr. Gesner.

GESNER OLIVEIRA

Obrigado Professor Fernando por me conceder a palavra tão espontaneamente. Eu queria responder a respeito da vinculação ao Ministério. Se observarmos a Argentina e Brasil, novamente o Dr. Penha nos corrija, mas o que a gente observou nos anos 90 foi uma mudança freqüente no desenho dos ministérios. Diferentemente da Inglaterra e dos EUA, a nossa estrutura do executivo varia muito. Nós tivemos no início dos anos 90 o ministério do tipo Cavallo na economia, depois novamente uma fragmentação. Uma sugestão de que teríamos seria um Ministério da Fazenda mais clássico na linha de finanças. Porém isso não se completou e é possível que a próxima administração, dependendo de quem irá liderar o executivo, tenha outro desenho e relativize a importância dessa vinculação. Eu diria que pela importância do devido processo legal, algo que nós economistas aprendemos por trabalhar nessa área o que percebo em colegas que não tem a menor familiaridade e não atribuem a devida importância ao devido processo legal, o que ocorre também em áreas de engenharia que são muito influentes nas agências reguladoras setoriais, essa cultura difere de acordo com as várias profissões; e no Ministério da Justiça, o aspecto do devido processo legal fica mais resguardado.

Diante disso eu teria preferência pela vinculação ao Ministério da Justiça. Também por um certo conservadorismo saudável, acho que deveríamos mudar pouco a legislação, deveríamos refletir muito, discutir muito e mudar pouco. Alterando, apenas, aqueles pontos em que se tem, praticamente, como um critério da OMC em que há quase um consenso. Tem certas coisas que a gente discute e chega a um consenso e os seminários do IBRAC tem sempre grandes debates.

É realmente uma maneira incremental de forma que a sociedade brasileira vá se acostumando e não seja repentinamente surpreendida com um arcabouço institucional completamente diferente. Essa razão, mais conservadora, na velha tradição dos tributaristas quererem mudar pouco e que o bom imposto é o antigo, nessa visão milimalista e com todo respeito à proposta apresentada, eu preferiria que nós introduzíssemos aperfeiçoamentos que fossem realmente fortalecessem o CADE, como instância com suas características próprias, que na versão nova do projeto está valorizada e tem uma marca muito interessante do ponto de vista da história das Américas.

Talvez, os nossos amigos argentinos me corrijam e não quero aqui acirrar a rivalidade, deixa só no futebol, mas eu tenho a impressão que a histó-

ria do antitruste brasileiro que tem no Rio de Janeiro grandes representantes, assim como em São Paulo, que desenvolveu teve uma escola mineira, que tem representantes no Rio Grande do Sul, esta tradição, que mais ou menos se organizou em torno da sigla CADE no início dos anos 60 e que essa mesma sigla resgatou a sigla dos anos 40, tradição é um ativo interessante. Por isso, tenho a impressão que poderíamos fazer um projeto na direção do que foi proposto em torno do CADE. Obviamente, esta é uma visão muito pessoal, com todo respeito às propostas muito bem fundamentadas que aqui foram apresentadas.

UBIRATAN MATTOS

Ubiratan Matos. Beneficiando-me do tema do painel, atos de concentração, também do painel da manhã, concorrência e setores regulados e especialmente da presença do Dr. Fernando de Magalhães Furlan, Procurador Geral do CADE, eu gostaria perguntar, embora sem nenhuma intenção provocativa, ainda que a pergunta seja naturalmente provocativa, a respeito do recente caso que ainda está sendo abalizado pelo CADE, que trata da competência do CADE para atos de concentração envolvendo instituições financeiras.

Os pontos principais dos pareceres produzido como, saber se a lei 4595 foi recepcionada como lei complementar, a existência ou inexistência de hierarquia entre duas autarquias, Banco Central e CADE, ou o efeito vinculativo do parecer da AGU para órgãos da administração direta e indireta. Independente de qualquer conclusão sobre esses temas centrais da discussão, existe um aspecto que não foi abordado: o parecer da AGU, é no mínimo vinculativo para a procuradoria do CADE, supondo que essa matéria seja levada ao judiciário, aqui está minha dúvida, o Procurador Geral entende que o parecer da AGU tem efeito vinculativo para a procuradoria? Caso reconheça seu efeito vinculativo poderia a Procuradoria Geral do CADE sustentar uma tese contra um entendimento manifestado pela AGU?

FERNANDO FURLAN

Já que o ilustre Presidente colocou a pergunta e até assumiu seu teor provocativo, permito-me fazer algumas considerações sobre o assunto anterior retornando, depois, a este.

O assunto anterior tratava da relação da atividade Estado/Governo. Ontem fiz uma intervenção na qual falei exatamente a este respeito e afirmei

que atividade de defesa da concorrência é uma atividade típica de estado e não de governo porque há diferenciação entre a aplicação do *law enforcement*, a lei e o *police making*, a estipulação de políticas públicas, em especial no caso da defesa da concorrência e das políticas econômicas. Tanto é atividade de Estado, que os mandatos dos titulares do CADE são aprovados pelo Senado Federal, demonstrando certa tendência de atividade de Estado.

Eu me preocupo, por exemplo, se nas próximas eleições presidenciais a esquerda venha se sagrar vencedora, não que tenha preconceito, nem filiação partidária tenho, mas sabemos que a filosofia da esquerda é mais tendente ao nacionalismo e aqui falava o Dr. Gesner da tendência de desnacionalização. Digamos, então que a esquerda ganhe as eleições e por suas tendências nacionalistas tenda a implementar uma política pública de fortalecimento da indústria nacional, dificultando o acesso dos capitais estrangeiros ao Brasil, gerando um caos no sistema, por isso defendo que trata-se de uma atividade de Estado.

Obviamente que as injunções políticas sempre vão tender a existir, mas que essa não seja a regra. Tanto é verdade que há um projeto de governo que os dirigentes do Banco Central passem a deter mandato, o que no meu ponto de vista é bastante acertado, pois trata-se de um setor muito sensível. E aí respondo sua pergunta, com relação à vinculação da procuradoria ao parecer normativo da AGU. Os procuradores federais que atuam perante a procuradoria do CADE, por serem procuradores gerais fazem parte de carreira vinculada à AGU. As carreiras da AGU são assistente jurídico da União, procurador federal, advogado da União, procurador da fazenda. Como integrantes de uma carreira vinculada à AGU, eles não podem contrariar o poder sumular do advogado geral da União e mais ainda um parecer normativo assinado pelo presidente da república. O procurador geral do CADE, não é de carreira da AGU. Ele é detentor de mandato, portanto ele não se submete ao poder sumular do advogado geral da União.

Sem dúvida a questão do setor bancário, um setor bastante sensível e que todos sabemos do risco sistêmico, que tanto foi propagado e que os Conselheiros do CADE em extensos votos, e votos bastante profundos, analisaram essa questão. Chegando à conclusão de que seria possível um compartilhamento de competências. Banco Central exercendo uma regulação prudencial e o CADE competência adjudicatória administrativa. É uma saída bastante coerente e no meu ponto de vista positiva. Portanto haveria uma complementariedade de competências. A minha posição pessoal, aqui então não falo mais como procurador geral do CADE, é de que essa questão de veria ser resolvida pelo poder judiciário.

UBIRATAN MATTOS

A minha pergunta é justamente esta, o CADE é representado em juízo pela sua Procuradoria, pode a Procuradoria sustentar uma tese contra um parecer normativo da AGU a quem a Procuradoria se submete? Ainda que se acredite, e isso é verdade, que o Procurador Geral não é de carreira ele tem mandato, significaria isso que apenas o Procurador Geral, porque a Procuradoria representa o CADE em juízo, ela vai em juízo para contestar um parecer normativo estabelecido pelo chefe dela, como fica essa situação?

FERNANDO FURLAN

Quando eu digo que na minha opinião pessoal, não como Procurador Geral é de que a questão deveria ser resolvida pelo poder judiciário, é através de uma ação direta de inconstitucionalidade e o CADE não possui competência para propor ação direta de inconstitucionalidade. Aí o IBRAC poderia fazer um lobby junto à OAB que possui titularidade para propor, para que então o judiciário definisse a questão.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Antes de encerrar esse tema, imensamente importante, que o Sr. Presidente levantou, eu gostaria de salientar aos senhores que o Dr. Furlan, obviamente, está numa posição, sob todos os pontos de vista, delicadíssimo. O que eu poderia nessa questão, e daí surge a questão e eu já havia comentado isso com o Dr. Furlan ontem quando vi o texto, a inexorável importância de se manter a Procuradoria com mandato, pelo menos o Procurador Geral com mandato.

Depois de ter havido a unificação das carreiras da Advocacia Geral da União sob o comando do Advogado Procurador Geral da União, surge agora a necessidade para se manter a autonomia das autarquias, sob pena de que, autonomia sem recursos financeiro e sem advogado não é autonomia. Recursos financeiros estão sendo assegurados, a representação que sustente decisões autônomas que possam vir a contrariar decisões de governo, só se houver autonomia de alguém que a faça, pelo menos do Procurador Geral. Por isso, a necessidade de se tê-lo com o mandato, para que ele exerça tal mister, porque senão nem ele terá como fazê-lo. As decisões do CADE, as fundamentações da SEAE e das SDE, são autônomas, malgrado estarem dentro de Mi-